

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٢) . وقال أبو زيد : يَتَّقُونَ اللَّهَ فِيهِنَّ ، كما عليهن أن يتقين الله فيهم . وقال ابن عباس : إني لأحب أن أترين للمرأة ، كما أحب أن تتزين ^(٣) لي ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال الضحاك في تفسيرها : إذا أظعن الله ، وأظعن أزواجهن ، فعليه أن يحسن صحبتها ، ويكف عنها أذاه ، ويتفق عليها من سعيه . وقال بعض أهل العلم : التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ، ولا يمتطله به ، ولا يظهر الكراهة ، بل يبشر وطلاقة ، ولا يتبعه أذى ولا منة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وهذا من المعروف . ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه ، والرفق / به ، واحتمال أذاه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَبِالْوَلَدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ ﴾ ^(٤) قيل : هو كل واحد من الزوجين . وقال النبي ﷺ : « اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا ، فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ ^(٥) عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ » . رواه مسلم ^(٦) . وقال النبي ﷺ : « إِنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلَعٍ أَغْوَجَ ، لَنْ تَسْتَقِيمَ عَلَى طَرِيقَةٍ ، فَإِنْ ذَهَبَتْ تُقِيمُهَا كَسَرْتَهَا ، وَإِنْ

١٤٧/٧

(١) سورة النساء ١٩ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣) في ب ، م : « تزين » .

(٤) سورة النساء ٣٦ .

(٥) عوان : أسرى ، أو كالأسرى .

(٦) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل ، في : ١٥٦ / ٥ .

اسْتَمْتَعَتْ بِهَا اسْتَمْتَعَتْ بِهَا وَفِيهَا عَوَجٌ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧) . وقال : « خِيَارُكُمْ خِيَارُكُمْ لِنِسَائِهِمْ » . رواه ابن ماجه ^(٨) . وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ ^(٩) . وقال النبي ﷺ : « لَوْ كُنْتُ أَمْرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ ، لَأَمَرْتُ النِّسَاءَ أَنْ يَسْجُدْنَ لِأَزْوَاجِهِنَّ ؛ لِمَا جَعَلَ اللَّهُ لَهُمْ عَلَيْهِنَّ مِنَ الْحَقِّ » . رواه أبو داود ^(١٠) . وقال : « إِذَا بَاتَتِ الْمَرْأَةُ مُهَاجِرَةً ^(١١) فِرَاشَ زَوْجِهَا ، لَعَنَتَهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تَرْجِعَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٢) . وقال لامرأة : « أَذَاتُ زَوْجِ أَنْتِ ؟ » . قالت : نعم ، قال : « فَإِنَّهُ جَنَّتِكَ وَنَارُكِ » ^(١٣) . وقال : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ أَنْ تَصُومَ وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلَا تَأْذَنَ فِي بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَمَا أَنْفَقَتْ مِنْ نَفَقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ فَإِنَّهُ يَرُدُّ إِلَيْهِ شَطْرَهُ » . رواه البخاري ^(١٤) .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب الوصاة بالنساء ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٤ / ١٦١ ، ٧ / ٣٤ . ومسلم ، في : باب الوصية بالنساء ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٩٠ ، ١٠٩١ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب مداراة الرجل أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٤٢٨ ، ٤٤٩ ، ٤٩٧ ، ٥٣٠ .

(٨) في : باب حسن معاشره النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٦ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١١٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٤٧٢ . (٩) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١٠) في : باب في حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٤ . (١١) في ب ، م : « هاجرة » . وهو لفظ مسلم . (١٢) أخرجه البخاري ، في : باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٣٩ . ومسلم ، في : باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٩ ، ١٠٦٠ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٦ ، ٤٦٨ ، ٥١٩ ، ٥٣٨ . (١٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٤١٩ .

(١٤) في : باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٣٩ . =

فصل : إذا تزوج امرأة ، مثلها يوطأ ، فطلب تسليمها إليه ، وجب ذلك . وإن عرضت نفسها عليه ، لزمه تسلمها ، ووجب نفقتها . وإن طلبها ، فسألت الإنظار ، أنظر مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها ، كالنومين والثلاثة ؛ لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله ، وقد قال النبي ﷺ : « لا تطرقوا النساء ليلاً ، حتى تمتشط الشعثة ، وتستحد المغيبة »^(١٥) . فمنع من الطروق ، وأمر بإمها لها لتصلح أمرها ؛ مع تقديم صحتها لها ، فهنا أولى . ثم إن كانت حرة ، وجب تسليمها ليلاً ونهاراً ، وله السفر بها ؛ لأن النبي ﷺ كان يسافر بنسائه^(١٦) ، إلا أن يكون سفرًا مخوفًا ، فلا يلزمها ذلك ؛ وإن كانت أمة ، لم يلزم تسليمها إلا بالليل ؛ لأنها مملوكة عُقد على أحد^(١٧) منفعيتها ، فلم يلزم تسليمها في غير وقتها ، كما لو أجزها لخدمة النهار ، لم يلزم تسليمها بالليل . ويجوز للمولى بيعها ؛ لأن النبي ﷺ أذن لعائشة في شراء بريرة ، وهي ذات زوج^(١٨) . ولا يفسخ النكاح بذلك ، بدليل أن بيع / بريرة لم يُبطل نكاحها .

فصل : وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، مُسلمة كانت أو ذميمة ، حرة كانت أو مملوكة ؛ لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له ، فملك إجبارها

= كما أخرجه مسلم ، في : باب ما أنفق العبد من مال مولاه ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١١ / ٢ . وأبو داود ، في : باب المرأة تصوم بغير إذن زوجها ، من كتاب الصوم . سنن أبي داود ٥٧٢ / ١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية صوم المرأة إلا بإذن زوجها ، من أبواب الصوم . عارضة الأحوذى ٣ / ٣٠٩ . وابن ماجه ، في : باب في المرأة تصوم بغير إذن زوجها ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١ / ٥٦٠ . والدارمي ، في : باب النهي عن صوم المرأة تطوعاً ... ، من كتاب الصوم . سنن الدارمي ٢ / ١٢ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : تستحد المغيبة وتمشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٥١ . ومسلم ، في : باب كراهة الطروق وهو الدخول ليلاً ... ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٢٧ . وأبو داود ، في : باب في الطروق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٨٢ . والدارمي ، في : باب في تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٠٤ ، ٣ / ٢٩٨ ، ٣٠٣ ، ٣٥٥ .

(١٦) انظر ما تقدم في : ٩ / ٤٣٠ .

(١٧) في ب ، م : « إحدى » .

(١٨) تقدم تخریج حديث بريرة ، في : ٦ / ٤٤ .

على إزالته ما يَمْنَعُ حَقَّهُ . وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه ؛ لأنه لحقه ^(١٩) . وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة ؛ لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها إلا بالغسل . فأما الذميمة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، له إجبارها عليه ؛ لأن كمال الاستمتاع يقف عليه ، فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة . والثانية ، ليس له إجبارها عليه . وهو قول ^(٢٠) مالك والثوري ؛ لأن الوطء لا يقف عليه ، فإنه مباح بدونه ؛ وللشافعي قولان كالروايتين . وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان ؛ بناء على الروايتين في غسل الجنابة . وتستوى في هذا ^(٢١) المسلمة والذميمة ، لا ستوائهما في حصول النقرة ممن ذلك حالها . وله إجبارها على إزالة شعر العانة ، إذا خرج عن العادة ، رواية واحدة . ذكره القاضي . وكذلك الأظفار . وإن طال قليلاً ، بحيث تعافه النفس ، ففيه وجهان . وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة ، كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، له منعها من ذلك ؛ لأنه يمنع القبلة ، وكال الاستمتاع . والثاني ، ليس له منعها منه ؛ لأنه لا يمنع الوطء . وله منعها من السكر وإن كانت ذميمة ؛ لأنه يمنع الاستمتاع بها ، ^(٢٢) فإنه يزيل عقلها ، ويجعلها كالزق المنفوخ ، ولا يأمن أن تجنبي عليه ^(٢٣) . وإن أرادت شرب ما ^(٢٤) يسكرها ، فله منع المسلمة ؛ لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانت ذميمة لم يكن له منعها منه . نص عليه أحمد ؛ لأنها تعتقد إباحته في دينها . وله إجبارها على غسل فمها منه ، ومن سائر النجاسات ؛ ليمكن من الاستمتاع فيها . ويتخرج أن يملك منعها منه ؛ لما فيه من الرائحة الكريهة ، فهو ^(٢٥) كالثوم . وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ ، هل له منعها منه ؟

(١٩) في ١ : « حقه » .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) في ب ، م : « هذه » .

(٢٢-٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٣) في الأصل زيادة : « لا » .

(٢٤) في ب ، م : « وهو » .

على وجهين . ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله .

فصل : وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى مالها منه بُد ، سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد ، في امرأة لها زوج وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها . وقد روى ابن بطنة ، في « أحكام ، / النساء » ، عن أنس ، أن رجلاً سافر ومنع زوجته من الخروج ، فعرض أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله ﷺ : « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فمات أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته ، فقال لها : « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فأوحى الله إلى النبي ﷺ : « إني قد غفرت لها بطاعة زوجها »^(٢٥) . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ؛ ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها ، وزيارتيهما ؛ لأن في ذلك قطيعة لهما ، وحنماً لزوجته على مخالفتيه ، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذميمة ، فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ؛ لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع . وإن كانت مسلمة ، فقال القاضي : له منعها من الخروج إلى المساجد . وهو مذهب الشافعي . وظاهر الحديث يمنع من منعها ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله »^(٢٦) . وروى أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو ابن نفيل ، فكانت تخرج إلى المساجد ، وكان غيوراً ، فيقول لها : لو صليت في بيتك . فتقول : لا أزال أخرج أو تمنعني . فكرة منعها هذا الخبر . وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناً ؟ قال : لا بل تخرج هي تشتري لنفسها . فقيل له : جاريته تعمل الزنا ؟ قال : لا .

(٢٥) ذكر الألباني ، أنه عند الطبراني في الأوسط . إرواء الغليل ٦ / ٧٦ .

(٢٦) تقدم تخريجه في : ٣ / ٣٨ ، ٣٩ .

فصل : وليس على المرأة خدمة زوجها ، في (٢٧) العَجْنِ ، والخَبْزِ ، والطَّبْخِ ،
وأشباهه . نصَّ عليه أحمد . وقال أبو بكر بن أبي شيبة ، وأبو إسحاق الجوزجاني : عليها
ذلك . واحتجَّ (٢٨) بقصة علي وفاطمة ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة
البيت ، وعلى علي ما كان خارجاً من البيت من (٢٩) عَمَلٍ . رواه الجوزجاني من
طريق (٣٠) . قال الجوزجاني : وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْ كُنْتُ أَمْرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ
لِأَحَدٍ ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا ، وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَمَرَ امْرَأَتَهُ أَنْ تَنْقُلَ مِنْ جَبَلٍ
أَسْوَدَ إِلَى جَبَلٍ أَحْمَرَ ، أَوْ مِنْ جَبَلٍ أَحْمَرَ إِلَى جَبَلٍ أَسْوَدَ ، كَانَ نَوْلُهَا (٣١) أَنْ تَفْعَلَ » .
ورواه بإسناده (٣٢) . قال : فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه ، فكيف بموئبة معاشه ؟ / وقد
كان النَّبِيُّ ﷺ يأمر نساءه بخدمته . فقال : « يَا عَائِشَةُ اسْقِينَا ، يَا عَائِشَةُ اطْعِمِينَا ، يَا
عَائِشَةُ هَلِّمِي الشَّفْرَةَ ، وَاشْحَذِيهَا بِحَجَرٍ » (٣٣) . وقد روى أَنَّ فاطمة أتت رسولَ الله ﷺ
تَشْكُو إِلَيْهِ مَا تَلْقَى مِنَ الرَّحَى ، وَسَأَلَتْهُ خَادِمًا يَكْفِيهَا ذَلِكَ (٣٤) . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ

(٢٧) في ١ ، ب ، م ، ن : « من » .

(٢٨) في الأصل ، ب ، م ، ن : « واحتج » .

(٢٩) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٠) وأخرجه أبو نعيم في الحلية ٦ / ١٠٤ . عن ضمرة بن حبيب .

(٣١) في ب ، م ، ن : « عليها » . ونولها : حقها والواجب عليها .

(٣٢) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣٨١ ، ٥ / ٢٢٨ ، ٦ / ٧٦ .

(٣٣) لفظ : « يَا عَائِشَةُ اطْعِمِينَا ... يَا عَائِشَةُ اسْقِينَا » . أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٤٢٦ . ولفظ : « هَلِّمِي الْمِدْيَةَ ، وَاشْحَذِيهَا بِحَجَرٍ » . أخرجه مسلم ، في : باب استحباب الضحية وذبحها ... ، من كتاب الأضاحي . صحيح مسلم ٣ / ١٥٥٧ .

(٣٤) أخرجه البخاري ، في : باب الدليل على أن الخمس لنواثب رسول الله ﷺ ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب مناقب علي بن أبي طالب ... ، من كتاب فضائل الصحابة ، وفي : باب عمل المرأة في بيت زوجها ، من كتاب النفقات ، وفي : باب التكبير والتسبيح عند المنام ، من كتاب الدعوات . صحيح البخاري ٤ / ١٠٢ ، ٥ / ٢٤ ، ٧ / ٨٤ ، ٨ / ٨٧ . وأبو داود ، في : باب في التسبيح عند النوم ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٦٠٩ ، ٦١٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٣٦ ، ١٥٣ .

مِنْ جِهَتِهَا الِاسْتِمْتَاعُ ، فَلَا يَلْزِمُهَا غَيْرُهُ ، كَسَقْيِ دَوَابِّهِ ، وَحَصَادِ زَرْعِهِ . فَأَمَّا قَسَمُ النَّبِيِّ ﷺ بَيْنَ عَلِيٍّ وَفَاطِمَةَ ، فَعَلَى مَا تَلِيْقُ بِهِ ^(٣٥) الْأَخْلَاقُ الْمَرْضِيَّةُ ، وَمَجْرَى الْعَادَةِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْإِجْبَابِ ، كَمَا قَدْ رُوِيَ عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهَا كَانَتْ تَقُومُ بِفَرْسِ الزُّبَيْرِ ، وَتَلْتَقِطُ لَهُ النَّوَى ، وَتَحْمِلُهُ عَلَى رَأْسِهَا ^(٣٦) . وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ وَاجِبًا عَلَيْهَا ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الْقِيَامُ بِمَصَالِحِ خَارِجِ الْبَيْتِ ، وَلَا الزِّيَادَةُ عَلَى مَا يَجِبُ لَهَا مِنَ التَّفَقُّةِ وَالْكُسُورَةِ ، وَلَكِنْ الْأَوَّلَى لَهَا فَعَلٌ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِقِيَامِهَا بِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْعَادَةُ ، وَلَا تَصْلُحُ الْحَالُ إِلَّا بِهِ ، وَلَا تَنْتَظِمُ الْمَعِيشَةُ بِدُونِهِ .

فصل : وَلَا يَحِلُّ وَطْءُ الزَّوْجَةِ فِي الدُّبْرِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عَلِيٌّ ، وَعَبْدُ اللَّهِ ، وَأَبُو الدَّرْدَاءِ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَعِكْرَمَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرُوِيَ إِبَاحَتُهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو ، وَزَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، وَنَافِعٍ ، وَمَالِكٍ . وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ : مَا أَدْرَكْتُ أَحَدًا أَقْتَدَى بِهِ فِي دِينِي يَشْكُ فِي أَنَّهُ حَلَالٌ . وَأَهْلُ الْعِرَاقِ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ يُنْكِرُونَ ذَلِكَ . وَاحْتَجَّ مَنْ أَحَلَّهُ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ نِسَاءُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتُمْ شِئْتُمْ ﴾ ^(٣٧) . وَقَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوحِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(٣٨) . وَلَنَا ، مَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ ، لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ مِنْ أَعْجَازِهِنَّ » ^(٣٩) . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ جَامَعَ امْرَأَةً فِي دُبْرِهَا » . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَه ^(٣٩) . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) أخرجه البخاري ، في : باب الغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٤٥ ، ٤٦ . ومسلم ، في : باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعتيت في الطريق ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٠٦ ، ١٧١٧ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٤٧ .

(٣٧) سورة البقرة ٢٢٣ .

(٣٨) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ .

(٣٩) الأول في : باب النهي عن إتيان النساء في أدبارهن ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٩ . =

قال : « مَحَاشٍ^(٤٠) النَّسَاءِ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ »^(٤١) . وعن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَتَى^(٤٢) حَائِضًا أَوْ امْرَأَةً فِي دُبْرِهَا ، أَوْ كَاهِنًا فَصَدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ ، فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أَنْزَلَ عَلَى مُحَمَّدٍ »^(٤٣) . رواه عن كلهن الأثرم . فأما الآية ، فروى جابر قال : كان اليهود يقولون : إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها ، جاء الولد أحول . فأنزل الله ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتُمْ شِثْتُمْ ﴾ . من بين يديها ، ومن خلفها ، غير أن لا يأتيها إلا في المأني . متفق عليه^(٤٤) . وفي رواية : اثنتان مقبلة ومُدْبِرَةٌ ، إذا كَانَ ذَلِكَ فِي الْفَرْجِ . والآية الأخرى المراد بها ذلك .

١٤٩/٧ و

= كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ١١٢ / ٥ . والدارمي ، في : باب من أتى امرأته في دبرها ، من كتاب الوضوء ، وفي : باب النهي عن إتيان النساء في أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١ / ٢٦١ ، ٢ / ١٤٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٨٦ ، ٢١٣ / ٥ .

والثاني في الباب نفسه عن أبي هريرة .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ١١٢ / ٥ . عن ابن عباس . وأخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٤٤ عن أبي هريرة .

(٤٠) المحش : مجتمع العذرة .

(٤١) أخرجه الدارمي موقوفا على ابن مسعود ، في : باب من أتى امرأته في دبرها ، من كتاب الطهارة . سنن الدارمي ٢٦٠ / ١ .

وانظر شرح معاني الآثار ، في : باب وطء النساء في أدبارهن ، من كتاب النكاح . ٣ / ٤٥ ، ٤٦ .

(٤٢) في الأصل زيادة : « امرأة » .

(٤٣) تقدم تخريجه في : ١ / ٤١٧ .

(٤٤) أخرجه البخاري ، في : باب : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ ... ﴾ ، تفسير سورة البقرة ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٦ / ٣٦ . ومسلم ، في : باب جواز جماعه امرأته في قبلها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٨ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٩ . والدارمي ، في : باب النهي عن إتيان النساء في أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٥ ، ١٤٦ .

والرواية الأخرى أخرجه أبو داود ، في الباب السابق . والدارمي ، في : باب من أتى امرأته في دبرها ، من كتاب الوضوء . سنن الدارمي ١ / ٢٥٩ . موقوفا على مجاهد .

فصل : فإن وطئ زوجته في دُبُرِها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ له في ذلك شبهة ، ويُعزَّرُ ؛ لفعله المُحرَّم ، وعليها الغُسلُ ؛ لأنَّه إيلاجُ فرجٍ في فرج ، وحكمه حكمُ الوطءِ في القُبُلِ في إفسادِ العباداتِ ، وتقريرِ المهرِ ، ووجوبِ العِدَّةِ . وإن كان الوطءُ لأُجنبِيَّةٍ ، وجب حَدُّ اللوطي ، ولا مهرٌ عليه ؛ لأنَّه لم يُفوتْ منفعةٌ لها عوضٌ في الشرع . ولا يحصلُ بوطءِ زوجته^(٤٥) في الدُّبُرِ إحصانٌ ، إنَّما يحصلُ بالوطءِ الكامل ، وليس هذا بوطءٍ كامل ، ولا الإحلال^(٤٦) للزوج الأول ؛ لأنَّ المرأة لا تذوقُ به عُسيلةَ الرَّجُلِ . ولا تحصلُ به الفِئمةُ ، ولا الخروجُ مِنَ العَنَّةِ ؛ لأنَّ الوطءَ فيهما لحقَّ المرأة ، وحققها الوطءُ في القُبُلِ . ولا يزولُ به الاختفاءُ بصُمتِها في الإذنِ بالنِّكاح^(٤٧) ؛ لأنَّ بكَارةَ الأصلِ باقيةٌ .

فصل : ولا بأسَ بالتلذُّذِ بها بينَ الآلَتَيْنِ من غيرِ إيلاجٍ ؛ لأنَّ السُّنَّةَ إنَّما وردتْ بتحريمِ الدُّبُرِ ، فهو مَخْصُوصٌ بذلك ، ولأنَّه حُرِّمَ لأجلِ الأذى ، وذلك مَخْصُوصٌ بالدُّبُرِ ، فاختصَّ التحريمُ به .

فصل : والعزلُ مكروهٌ ، ومعناه أن يَنزِعَ إذا قَرَّبَ الإِترالَ ، فيُنزِلُ خارجاً من الفرجِ ، رُوِيَ كَرَاهِيَّتُهُ^(٤٨) عن عمرَ ، وعلى ، وابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ . وروى ذلك عن أبي بكرٍ الصِّدِّيقِ أيضاً ؛ لأنَّ فيه تَقْلِيلَ النَّسْلِ ، وقطعَ اللَّذَّةَ عن المَوطُوءَةِ ، وقد حثَّ النَّبِيُّ ﷺ على تَعاطيِ أسبابِ الولدِ ، فقال : « تَنَاسَلُوا ، تَنَاسَلُوا ، تَكْثُرُوا »^(٤٩) . وقال : « سَوْدَاءُ »^(٥٠) وَلَوْ ، خَيْرٌ مِنْ حَسَنَاءَ عَقِيمٍ »^(٥١) . إلَّا أن يكونَ لِحَاجَةٍ ، مثل أن يكونَ

(٤٥) في الأصل : « امرأته » .

(٤٦) في ب ، م : « والإحلال » .

(٤٧) في أ : « في النِّكاح » .

(٤٨) في ب ، م : « كراهته » .

(٤٩) عزاه صاحب كنز العمال ، في : ١٦ / ٢٧٦ ، إلى عبد الرزاق في « الجامع » ، عن سعيد بن أبي هلال مرسلًا .

(٥٠) في الأصل : « شواء » .

(٥١) أورده المهيمنى ، في : باب تزويج الولود ، من كتاب النِّكاح . مجمع الزوائد ٤ / ٢٥٨ . وصاحب الفتح الكبير =

في دار الحرب ، فتدعو^(٥٢) حاجته إلى الوطء ، فيطأ ويغزل ، ذكر الخرق^(٥٣) هذه الصورة ، أو تكون زوجته أمة ، فيخشى الرق على ولده ، أو تكون له أمة ، فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها ، وقد روى عن علي ، رضي الله عنه ، أنه كان يغزل عن إمامه . فإن عزل من غير حاجة ، كره ، ولم يحرم . ورويت الرخصة فيه عن علي ، وسعد بن أبي وقاصر ، وأبي أيوب ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن عباس ، والحسن بن علي ، وخباب ابن الأرت ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، / وعطاء ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى أبو سعيد ، قال : ذكر - يعني^(٥٤) - العزل ، عند رسول الله ﷺ ، قال : « وَلَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ^(٥٥) أَحَدُكُمْ ؟ » . ولم يقل : فَلَا يَفْعَلْ^(٥٦) ذَلِكَ أَحَدُكُمْ^(٥٧) . « فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ نَفْسِ مَخْلُوقَةٍ ، إِلَّا اللَّهُ خَالِقُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥٨) . وعنه أن رجلاً قال : يا رسول الله ، إن لي جارية ، وأنا أعزل عنها ، وأنا أكره أن تحمل ، وأنا أريد ما يريد الرجال ، وإن اليهود تحدث أن العزل المؤودة الصغرى . قال : « كَذَبَتْ يَهُودُ ، لَوْ أَرَادَ اللَّهُ أَنْ يَخْلُقَهُ مَا اسْتَطَعَتْ أَنْ تَصْرِفَهُ » . رواه أبو داود^(٥٩) .

= ١٦٢ / ٢ . وعزاه إلى الطبراني . وصاحب كنز العمال ١٦ / ٢٧٤ . وعزاه إلى الطبراني أيضا . وكلهم روه عن معاوية بن حيدة .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : « فتدعو » .

(٥٣) في الأصل زيادة : « في » .

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) في ١ ، ب ، م : « فلم » .

(٥٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٥٧-٥٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٥٨) أخرجه البخاري ، في : باب هو الله الخالق البارئ المصور ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٤٨ / ٩ . ومسلم ، في : باب حكم العزل ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٦٣ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٥٠٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية العزل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٧٥ .

(٥٩) في : باب ما جاء في العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٥٠١ .

فصل : ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها . نص عليه أحمد . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي ؛ وذلك لأنه لا حق لها في الوطء ، ولا في الولد ، ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفية ، فلأن لا تملك المنع من العزل أولى . ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها . قال القاضي : ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ؛ لأن حقها في الوطء دون الإنزال ، بدليل أنه يخرج به من الفية ، والعنة . وللشافعية في ذلك وجهان . والأول أولى ؛ لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، قال : نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها . رواه الإمام أحمد ، في «المسند» ، وابن ماجه (٦٠) . ولأن لها في الولد حقاً ، وعليها في العزل ضرر ، فلم يجز إلا بإذنها . فأما زوجته الأمة ، فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها . وهو قول الشافعي ، استidlالاً بمفهوم هذا الحديث . وقال ابن عباس : تستأذن الحرة ، ولا تستأذن الأمة . ولأن عليه ضرراً في استرقاق ولده ، بخلاف الحرة . ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها ؛ لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفية ، والفسخ عند تعذره بالعنة ، وترك العزل من تمامه ، فلم يجز بغير إذنها ، كالحرة .

فصل : فإن عزل عن زوجته أو أمته ، ثم أتت بولد ، لحقه نسبه ؛ لما روى أبو داود (٦١) ، عن جابر ، قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ ، فقال : إن لي جارية ، وأنا أطوف عليها ، وأنا أكره أن تحمل ! فقال : « اغزل عنها إن شئت ، فإنه سيأتيها ما قدر لها » . وقال أبو سعيد : كنت أغزل عن جارية لي ، فولدت أحب الناس إلي (٦٢) . ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء ، فلم يعتبر فيه الإنزال ، كسائر

= كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣ ، ٥١ ، ٥٣ .

(٦٠) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣١ . وابن ماجه ، في : باب العزل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٠ .

(٦١) في : باب ما جاء في العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٥٠١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب حكم العزل ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٤ . وابن ماجه ، في :

باب في القدر ، من المقدمة . سنن ابن ماجه ١ / ٣٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣١٢ ، ٣٨٦ .

(٦٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العزل عن الإماء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ١٤١ .

الأحكام . وقد قيل : إنَّ الوطءَ في الفرج يحصلُ به الإنزال / ، ولا يحسُّ به . ١٥٠/٧

فصل : في آداب الجماعة . تُستحبُّ التسميةُ قبلَه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَقَدْ مُوا لِنَفْسِكُمْ ﴾ (٦٣) . قال عطاءٌ : هي التسميةُ عند الجماعة . وروى ابنُ عباسٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ حِينَ يَأْتِي أَهْلَهُ قَالَ : بِسْمِ اللَّهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنَا ، فَوُلِدَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، لَمْ يَضُرَّهُ الشَّيْطَانُ أَبَدًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦٤) . ويكرهُ التجردُّ عند المُجَامعة ؛ لما رَوَى عُتْبَةُ بْنُ عُبَيْدٍ (٦٥) ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ ، فَلْيَسْتَبْرِ ، وَلَا يَتَجَرَّدُ تَجَرَّدَ الْعَمِيرَيْنِ » ، رواه ابنُ ماجه (٦٦) . وعن عائشةَ ، قالت : كان رسولُ الله ﷺ إذا دخلَ الخلاءَ غَطَّى رأسَه ، (٦٧) وإذا أَتَى أَهْلَهُ غَطَّى رأسَه (٦٧) . ولا يُجامِعُ بحيثُ يراها أحَدٌ ، أو يَسْمَعُ جِسْمَهُما . ولا يَقْبَلُهَا وَيُبَاشِرُهَا عِنْدَ النَّاسِ . قال أحمدُ : ما يعجِبُنِي إِلَّا أَنْ يَكْتُمَ هَذَا كُلَّهُ . وقال الحسنُ ، في الذي يُجامِعُ المرأةَ ، والأُخْرَى تَسْمَعُ ، قال : كانوا يَكْرَهُونَ

(٦٣) سورة البقرة ٢٢٣ .

(٦٤) أخرجه البخاري ، في : باب التسمية على كل حال وعند الوقاع ، من كتاب الوضوء ، وفي : باب صفة إبليس وجنوده ، من كتاب بدء الخلق ، وفي : باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله ، من كتاب النكاح ، وفي : باب ما يقول إذا أتى أهله ، من كتاب الدعوات ، وفي : باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١ / ٤٨ ، ٤ / ١٤٩ ، ٧ / ٢٩ ، ٣٠ ، ٨ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٩ / ١٤٦ . ومسلم ، في : باب ما يستحب أن يقوله عند الجماعة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٨ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٨ . والترمذي ، في : باب ما يقول إذا دخل على أهله ، من كتاب النكاح . عارضة الأخوذى ٤ / ٣١٣ . وابن ماجه في : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٨ . والدارمي ، في : باب القول عند الجماعة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢١٧ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ .

(٦٥) في النسخ : « عبید » . والمثبت من سنن ابن ماجه . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٧ / ٩٨ .

(٦٦) في : باب التستر عند الجماعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٩ .

(٦٧-٦٧) سقط من : الأصل . ولم نجد قول عائشة هذا ، وذكر المؤلف أنه يروى عن أبي بكر أنه كان يغطي رأسه عند دخوله الخلاء . انظر ما سبق في : ١ / ٢٢٦ .

الْوَجَسَ ، وهو الصُّوْتُ الخَفِيُّ . ولا يَتَحَدَّثُ بما كان بينه وبين أهله ؛ لما رَوَى عن (٦٨)
الحسين ، قال : جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء ، فأقبل على الرجال ،
فقال : « لَعَلَّ أَحَدَكُمْ يُحَدِّثُ بِمَا يَصْنَعُ بِأَهْلِهِ إِذَا خَلَا ؟ » . ثم أقبل على النساء فقال :
« لَعَلَّ أَحَدَاكُنَّ تُحَدِّثُ النَّسَاءَ بِمَا يَصْنَعُ بِهَا زَوْجُهَا ؟ » . قال : فقالت امرأة : إنَّهم
لَيَفْعَلُونَ ، وَإِنَّا لَنَفْعَلُ . فقال : « لَا تَفْعَلُوا ، فَإِنَّمَا (٦٩) مِثْلُ ذَلِكَ كَمِثْلِ شَيْطَانٍ لَقِيَ
شَيْطَانَةً ، فَجَامَعَهَا وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ » (٧٠) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ (٧١) ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ
النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ بِمَعْنَاهُ . وَلَا يَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ حَالَ الْجَمَاعِ ؛ لِأَنَّ عُمَرَو بْنَ حَزْمٍ ، وَعَطَاءً ،
كَرِهَا ذَلِكَ . وَيُكْرَهُ الْإِكْتَارُ مِنَ الْكَلَامِ حَالَ الْجَمَاعِ ؛ لِمَا رَوَى قَبِيصَةُ بْنُ ذُوَيْبٍ ، أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تُكْثِرُوا الْكَلَامَ عِنْدَ (٧٢) مُجَامَعَةِ النَّسَاءِ ؛ فَإِنَّ مِنْهُ يَكُونُ
الْخَرَسُ وَالْفَأْفَاءُ » (٧٣) . وَلِأَنَّهُ يُكْرَهُ الْكَلَامُ حَالَ الْبَوْلِ (٧٤) ، وَحَالَ الْجَمَاعِ فِي مَعْنَاهُ ،
وَأَوَّلَى (٧٥) بِذَلِكَ مِنْهُ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُلَاعِبَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الْجَمَاعِ ؛ لِتَنْهَضَ شَهْوَتُهَا ، فَتَنَالَ
مِنْ لَذَّةِ الْجَمَاعِ مِثْلَ مَا نَالَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ :
« لَا تُوَاقِعْهَا إِلَّا وَقَدْ أَتَاهَا مِنَ الشَّهْوَةِ مِثْلُ مَا أَتَاكَ ، لِكَيْلَا (٧٦) تَسْبِقَهَا بِالْفَرَاغِ » .
قُلْتُ : وَذَلِكَ إِلَى ؟ قَالَ : « نَعَمْ ، إِنَّكَ تُقْبِلُهَا ، وَتُعْمِرُهَا ، وَتَلْمَسُهَا (٧٧) ، فَإِذَا

(٦٨) سقط من : ب ، م .

(٦٩) في ب ، م : « فَإِنَّهُ » .

(٧٠) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في إخبار ما يصنع الرجل بامرأته أو المرأة بزوجه ، من كتاب النكاح . المصنف
٣٩١ / ٤ .

(٧١) في : باب ما يكره من ذكر الرجل ما يكون من إصابته أهله ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٥٠٢ .

(٧٢) في ب ، م : « عَنْ » .

(٧٣) أورده صاحب كنز العمال ، في : ١٦ / ٣٥٤ . وعزاه لابن عساكر .

(٧٤) في ا ، ب ، م : « حَالُهُ » .

(٧٥) في ب ، م : « وَأَوَّلَ » .

(٧٦) في الأصل : « لَكِي » .

(٧٧) في ب ، م : « وَتَلْمِزُهَا » .

رَأَيْتُ أَنَّهُ قَدْ جَاءَهَا مِثْلُ مَا^(٧٨) جَاءَكَ ، وَاقَعَتْهَا^(٧٩) . / فَإِنْ فَرَغَ قَبْلَهَا ، كُرِهَ لَهُ التَّرَعُّ حَتَّى تَفْرُغَ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَهْلَهُ ، فَلْيَصْنُدْقُهَا^(٨٠) ، ثُمَّ إِذَا قَضَى حَاجَتَهُ ، فَلَا يُعْجِلْهَا حَتَّى تَقْضِيَ حَاجَتَهَا^(٨١) . وَلَئِنْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَيْهَا ، وَمَنْعًا لَهَا^(٨٢) مِنْ قَضَاءِ شَهْوَتِهَا . وَيُسْتَحَبُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَّخِذَ خِرْقَةً ، تُنَاولُهَا الزَّوْجَ بَعْدَ فَرَاحِهِ ، فَيَتَمَسَّحُ بِهَا ؛ فَإِنْ عَائِشَةُ قَالَتْ : يَنْبَغِي لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَتْ عَاقِلَةً ، أَنْ تَتَّخِذَ خِرْقَةً ، فَإِذَا جَامَعَهَا زَوْجُهَا^(٨٣) ، نَاولَتْهُ ، فَمَسَحَ عَنْهُ ، ثُمَّ تَمَسَّحَ عَنْهَا ، فَيُصَلِّيَانِ فِي ثَوْبِهِمَا ذَلِكَ ، مَا لَمْ تُصِبه جَنَابَةٌ . وَلَا بِأَسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ وَإِمَائِهِ بِغُسْلٍ وَاحِدٍ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ أَنَسٍ ، قَالَ : سَكَبْتُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ نِسَائِهِ غُسْلًا وَاحِدًا ، فِي لَيْلَةٍ وَاحِدَةٍ^(٨٤) . وَلَئِنْ^(٨٥) حَدَّثَ الْجَنَابَةَ لَا يَمْنَعُ الْوُطْءُ ؛ بِدَلِيلِ إِيْمَامِ الْجَمَاعِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، فَأَعْجَبُ إِلَى الْوُضُوءِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَأَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . وَلَئِنْ الْوُضُوءُ يَزِيدُهُ نَشَاطًا وَنِظَافَةً ، فَاسْتَحَبَّ . وَإِنْ

(٧٨) في الزيادة : « قد » .

(٧٩) لم نجده في المصادر التي بين أيدينا .

(٨٠) في النسخ : « فليقصدها » . والمثبت من مصنف عبد الرزاق .

(٨١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القول عند الجماع وكيف يصنع وفضل الجماع ، من كتاب النكاح . المصنف ١٩٤ / ٦ .

(٨٢) سقط من : الأصل .

(٨٣) في الأصل : « الزوج » .

(٨٤) أخرجه البخاري ، في : باب من طاف على نساءه في غسل واحد ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٤٤ / ٧ . ومسلم ، في : باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له وغسل الفرج إذا أراد أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يجامع ، من كتاب الحيض . صحيح مسلم ١ / ٢٤٩ . وأبو داود ، في : باب في الجنب يعود ، من كتاب الطهارة . سنن أبي داود ١ / ٤٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يطوف على نساءه بغسل واحد ، من كتاب الطهارة . عارضة الأحوذى ١ / ٢٣١ . والنسائي ، في : باب إتيان النساء قبل إحداث الغسل ، من كتاب الطهارة . المجتبى ١ / ١١٨ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في من يغتسل من جميع نساءه غسلا واحدا ، من كتاب الطهارة . سنن ابن ماجه ١ / ١٩٤ . والدارمي ، في : باب الذي يطوف على نساءه في غسل واحد . سنن الدارمي ١ / ١٩٢ ، ١٩٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ١٦١ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ٢٢٥ .

(٨٥) في ب ، م : « فإن » .

اغْتَسَلَ بَيْنَ كُلِّ وَطْئَيْنِ ، فَهُوَ أَفْضَلُ ، فَإِنْ أَبَا رَافِعٌ رَوَى ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَافَ عَلَى نِسَائِهِ جَمِيعًا ، فَاغْتَسَلَ عِنْدَ كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ غُسْلًا ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَوْ جَعَلْتَهُ غُسْلًا وَاحِدًا ؟ قَالَ : « هَذَا أَزْكَى وَأَطْيَبُ وَأَطْهَرُ » . رَوَاهُ أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْتَدِّ » ^(٨٦) ، وَرَوَى أَحَادِيثَ هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهَا أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ، وَرَوَى ابْنُ بَطَّةٌ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَوَّلَ اللَّيْلِ ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، تَوَضَّأَ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ » ^(٨٧) .

فصل : وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْهِ فِي مَسْكَنٍ وَاحِدٍ بِغَيْرِ رِضَاهُمَا ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمَا ضَرَرًا ؛ لَمَّا بَيْنَهُمَا مِنَ الْعَدَاوَةِ وَالغَيْرَةِ ، وَاجْتِمَاعُهُمَا يُثِيرُ الْمُخَاصِمَةَ وَالْمُقَاتَلَةَ ، وَتَسْمَعُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حِسَّهُ إِذَا أَتَى ^(٨٨) الْأُخْرَى ، أَوْ تَرَى ذَلِكَ ، فَإِنْ رَضِيَتَا بِذَلِكَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لُهُمَا ، فَلَهُمَا الْمُسَامَحَةُ بِتَرْكِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ رَضِيَتَا بَنُومِهِ بَيْنَهُمَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ ، وَإِنْ رَضِيَتَا بِأَنْ يُجَامِعَ وَاحِدَةً بِحَيْثُ تَرَاهُ الْأُخْرَى ، لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ دَنَاءَةً وَسُخْفًا وَسُقُوطَ مَرْوَةٍ ، فَلَمْ يُنَحَّ بِرِضَاهُمَا . وَإِنْ أَسْكَنَهُمَا فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ ، كُلِّ وَاحِدَةٍ فِي بَيْتٍ ، جَازَ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ مَسْكَنًا مِثْلَهَا .

فصل : رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « اتَّعَجَبُونَ مِنْ غَيْرَةِ سَعْدٍ ؟ لَأَنَا أَعْيَرُ مِنْهُ ، وَاللَّهُ أَغْيَرُ مِنِّي » ^(٨٩) / وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : بَلَغَنِي أَنَّ نِسَاءَ كَمَلِيزَاجِمَنْ ١٥١/٧

(٨٦) فِي ٦ / ٩ ، ١٠٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْوُضُوءِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّهَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٥٠ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ يَغْتَسِلُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ غُسْلًا ، مِنْ كِتَابِ الطَّهَارَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١ / ١٩٤ . (٨٧) وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ جَوَازِ نَوْمِ الْجَنْبِ وَاسْتِحْبَابِ الْوُضُوءِ لَهُ وَغَسْلِ الْفَرْجِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَأْكُلَ أَوْ يَشْرَبَ أَوْ يَنَامَ أَوْ يَجَامِعَ ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْضِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١ / ٢٤٩ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْوُضُوءِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّهَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٥٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَعُودَ تَوَضُّأً ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّهَارَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١ / ٢٣٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْجَنْبِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَعُودَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّهَارَةِ . الْمُجْتَبَى ١ / ١١٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْجَنْبِ إِذَا أَرَادَ الْعُودَ تَوَضُّأً ، مِنْ كِتَابِ الطَّهَارَةِ سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١ / ١٩٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدِّ ٣ / ٢٨ .

(٨٨) فِي ١ ، ب ، م ، زِيَادَةٌ : ٥ إِلَى ٤ .

(٨٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْغَيْرَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . وَفِي : بَابِ مَنْ رَأَى مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ ، مِنْ كِتَابِ =

الْعُلُوجُ^(٩٠) فِي الْأَسْوَاقِ ، أَمَا تَغَارُونَ ؟ إِنَّهُ لَا خَيْرَ فِي مَنْ لَا يَغَارُ^(٩١) . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ : كَانَ إِبْرَاهِيمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ غَيُورًا ، وَمَا مِنْ أَمْرِيٍّ لَا يَغَارُ إِلَّا مَنْكُوسُ الْقَلْبِ .

١٢٢٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَ زَوْجَاتِهِ فِي الْقَسَمِ)

لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي وُجُوبِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ فِي الْقَسَمِ خِلَافًا ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٩٢) . وَلَيْسَ مَعَ الْمَيْلِ مَعْرُوفٌ . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾^(٩٣) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ ، فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا ، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ » . وَعَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْسِمُ بَيْنَنَا فَيَعْدِلُ ، ثُمَّ يَقُولُ : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تَلْمِزْنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ » . رَوَاهُمَا أَبُو دَاوُدَ^(٩٤) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَهُ نِسْوَةٌ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ^(٩٥) أَنْ يَتَدَيَّ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِلَّا بِقُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ الْبِدَايَةَ^(٩٦) بِهَا ، تَفْضِيلٌ لَهَا ، وَالتَّسْوِيَةُ وَاجِبَةٌ ، وَلَا تُنْهَى مُتَسَاوِيَاتٌ فِي الْحَقِّ ، وَلَا يُمَكِّنُ

= الخلود ، وفي : باب قول النبي ﷺ لَا شَخْصَ أَغْيَرُ مِنَ اللَّهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ٤٥ . ٨ / ٢١٥ ، ٩ / ١٥١ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ اللَّعَانِ : صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢ / ١١٣٥ ، ١١٣٦ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الْغِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٤٩ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٢٤٨ . (٩٠) الْعِلْجُ : السَّمِينُ الْقَوِيُّ ، وَالرَّجُلُ مِنْ كِفَارِ الْعَجَمِ .

(٩١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ١٣٣ .

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٩ .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢٩ .

(٣) فِي : بَابِ فِي الْقَسَمِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٩٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُمَا التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الضَّرَائِرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٨٠ ، ٨١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مِيلِ الرَّجُلِ إِلَى بَعْضِ نِسَائِهِ دُونَ بَعْضٍ ، مِنْ كِتَابِ عَشْرِ النِّسَاءِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٦٠ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْقِسْمَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١ / ٦٣٣ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْعَدْلِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٤٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٢٩٥ ، ٣٤٧ ، ٤٧١ ، ٦ / ١٤٤ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي ب. م. : د. الْبِدَايَةُ .

الْجَمْعُ بَيْنَهُنَّ ، فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ السَّفَرُ بِإِحْدَاهُنَّ . فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ ، كَفَاهُ قُرْعَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَصِيرُ فِي (٦) اللَّيْلَةِ الثَّانِيَةِ إِلَى الثَّانِيَةِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا مُتَعَيَّنٌ . وَإِنْ كُنَّ ثَلَاثًا ، أَقْرَعَ فِي اللَّيْلَةِ الثَّانِيَةِ لِلْبَدَايَةِ بِإِحْدَى الْبَاقِيَتَيْنِ . وَإِنْ كُنَّ أَرْبَعًا أَقْرَعَ فِي اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ ، وَيَصِيرُ فِي اللَّيْلَةِ الرَّابِعَةِ إِلَى الرَّابِعَةِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ . وَلَوْ أَقْرَعَ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى ، فَجَعَلَ سَهْمًا لِلأُولَى ، وَسَهْمًا لِلثَّانِيَةِ ، وَسَهْمًا لِلثَّالِثَةِ ، وَسَهْمًا لِلرَّابِعَةِ ، ثُمَّ أَخْرَجَهَا عَلَيْهِنَّ مَرَّةً وَاحِدَةً ، جَازَ ، وَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَا خَرَجَ لَهَا .

فصل : وَيُقَسِّمُ الْمَرِيضُ وَالْمَجْبُوبُ (٧) وَالْعَيْنِيُّ وَالْخُنْثَى (٨) وَالْحَصَى . وبذلك قال الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَ لِلْأُنْثَى ، وَذَلِكَ حَاصِلٌ مِمَّنْ لَا يَطَأُ . وَقَدْ رَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا كَانَ فِي مَرَضِهِ ، جَعَلَ يَدُورُ فِي نِسَائِهِ ، وَيَقُولُ : « أَيْنَ أَنَا غَدًا ؟ » (٩) أَيْنَ أَنَا غَدًا ؟ (١٠) . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (١١) . فَإِنْ شَقَّ عَلَيْهِ ذَلِكَ ، اسْتَأْذَنَهُنَّ فِي الْكَوْنِ عِنْدَ إِحْدَاهُنَّ ، كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، قَالَتْ عَائِشَةُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ظ ١٥١/٧ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ / وَسَلَّم بَعَثَ إِلَى النِّسَاءِ فَاجْتَمَعْنَ ، قَالَ : « إِنِّي لَا أُسْتَطِيعُ أَنْ أُدَوِّرَ بَيْنَكُنَّ ، فَإِنْ رَأَيْتُنَّ أَنْ تَأْذَنَ لِي ، فَأَكُونُ عِنْدَ عَائِشَةَ ، فَعَلْتُنَّ » . فَأْذَنَ لَهُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (١٢) . فَإِنْ لَمْ يَأْذَنَ لَهُ ، أَقَامَ عِنْدَ إِحْدَاهُنَّ بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ اعْتَزَلَهُنَّ جَمِيعًا إِنْ أَحَبَّ . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مَجْنُونًا لَا يُخَافُ مِنْهُ ، طَافَ بِهِ الْوَلِيُّ عَلَيْهِنَّ ، وَإِنْ كَانَ يُخَافُ مِنْهُ ، فَلَا قِسْمَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ مِنْهُ أُنْثَى وَلَا فَائِدَةٌ . وَإِنْ لَمْ يَعْدِلِ الْوَلِيُّ فِي الْقِسْمِ بَيْنَهُنَّ ، ثُمَّ أَفَاقَ الْمَجْنُونُ ، فَعَلِيهِ أَنْ يَقْضِيَ لِلْمَظْلُومَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَلَزِمَهُ إِيفَاؤُهُ حَالِ الْإِفَاقَةِ ، كَالْمَالِ .

فصل : وَيُقَسِّمُ لِلْمَرِيضَةِ ، وَالرَّتْقَاءِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالنَّفْسَاءِ ، وَالْمُحْرِمَةِ ،

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « والمجنون » .

(٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(٩-٩) سقط من : ١ .

(١٠) في : باب فضل عائشة رضي الله عنها ، من كتاب فضائل أصحاب النبي . صحيح البخارى ٥ / ٣٧ .

(١١) في : باب في القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٢١٩ .

والصَّغِيرَةُ^(١٢) الْمُمَكِينِ وَطُوهَا ، وَكُلَّهِنَّ سَوَاءٌ فِي الْقَسَمِ . وَبِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَكَذَلِكَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْإِيوَاءَ وَالسَّكْنَ وَالْأَنْسَ ، وَهُوَ حَاصِلُ لَهْنٍ ، وَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ ، فَإِنْ كَانَتْ لَا يُخَافُ مِنْهَا ، فَهِيَ كَالصَّحِيحَةِ ، وَإِنْ خَافَ مِنْهَا ، فَلَا قَسَمَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُهَا عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ لَهَا أَنْسٌ وَلَا بَهَا .

فصل : وَيَجِبُ قَسَمُ الْإِبْتِدَاءِ ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ لَهَا امْرَأَةٌ ، لَزِمَهُ الْمَبِيتُ عِنْدَهَا لَيْلَةً مِنْ كُلِّ أَرْبَعٍ لَيَالٍ ، مَا لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ نِسَاءٌ فَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ لَيْلَةً مِنْ كُلِّ أَرْبَعٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَا يَجِبُ قَسَمُ الْإِبْتِدَاءِ ، إِلَّا أَنْ يَتْرَكَ الْوَطْءَ مُصِيرًا ، فَإِنْ تَرَكَهُ غَيْرَ مُصِيرٍ لَمْ يَلْزِمَهُ قَسَمٌ ، وَلَا وَطْءٌ^(١٣) ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا وَصَلَ الرَّجُلُ إِلَى امْرَأَتِهِ مَرَّةً ، بَطَلَ أَنْ يَكُونَ عَيْنِيًّا . أَيْ لَا يُوجَلُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجِبُ قَسَمُ الْإِبْتِدَاءِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْقَسَمَ لِحَقِّهِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، لَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِي : « يَا عَبْدَ اللَّهِ ، أَلَمْ أُخْبَرَ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ ، وَتَقُومُ اللَّيْلَ ؟ » قُلْتُ : بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « فَلَا تَفْعَلْ ، صُمْ وَأَفْطِرْ ، وَقُمْ وَتَمْ ؛ فَإِنَّ لِحَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِرِزْوَجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . فَأُخْبِرَ أَنَّ لِلْمَرْأَةِ عَلَيْهِ حَقًّا . وَقَدْ اشْتَهَرَتْ قِصَّةُ كَعْبِ بْنِ

(١٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٣) في ب ، م : « يوطء » .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب حدثنا علي بن عبد الله ، من كتاب التهجد ، وفي : باب حق الضيف في الصوم ، وباب حق الجسم في الصوم ، من كتاب الصوم . وفي : باب لزوجك عليك حق ، من كتاب النكاح ، وفي : باب حق الضيف ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٢ / ٦٨ ، ٣ / ٥١ ، ٧ / ٤٠ ، ٤١ ، ٨ / ٣٨ . ومسلم ، في : باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقاً أو لم يفطر العيدين والتشريق وبيان تفصيل صوم يوم وإفطار يوم ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢ / ٨١٢ ، ٨١٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في صوم الدهر تطوعاً ، من كتاب الصوم . سنن أبي داود ١ / ٥٦٥ . والنسائي ، في : باب صوم يوم وإفطار يوم وذكر اختلاف ألفاظ الناقليين في ذلك لخبر عبد الله بن عمرو فيه ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٨٠ .

سُور^(١٥)، ورواها^(١٦) عمر بن شبة^(١٧) في كتاب «قضاة البصرة» من وجوه^(١٨)؛
 إحداهن عن الشعبي، أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب، فجاءت
 امرأة، فقالت: يا أمير المؤمنين، ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي، والله إنه ليبيت
 ليله قائماً، / ويظل نهاره صائماً. فاستغفر لها، وأثنى عليها. واستحيت المرأة، وقامت
 راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين، هلا أعديت المرأة على زوجها؟^(١٩) فقال: وما
 ذاك؟ فقال: إنها جاءت تشكوه، إذا كانت حاله هذه في العبادة، متى يتفرغ لها؟
 فبعث عمر إلى زوجها^(٢٠)، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما، فإنك فهمت من
 أمرهما ما لم أفهم. قال: فإنني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة، هي رابعتهن،
 فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله ما رأيك الأول
 بأعجب إلى من الآخر، اذهب فأنت قاضٍ على أهل البصرة. وفي رواية، فقال عمر:
 نعم القاضي أنت^(٢١). وهذه قضية اشتهرت^(٢٢) فلم تُنكر، فكانت إجماعاً. ولأنه لو لم
 يكن حقاً، لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجَبِّ والعنة، وامتناعه بالإيلاء. ولأنه لو لم
 يكن حقاً للمرأة، لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به، كالزيادة في النفقة على قدر
 الواجب. إذا ثبت هذا، فقال أصحابنا: حق المرأة ليلة من كل أربع، وللأمة ليلة من
 كل سبع؛ لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر، ولها السابعة، والذي يقوى

(١٥) سُور، بضم المهملة وسكون الواو، كما في الإصابة ٥ / ٦٤٥، والمشتبه ٤٠٢.

(١٦) في ب، م: «رواها».

(١٧) في ا، ب، م: «شعبة».

وشبة لقب أبيه، فهو عمر بن زيد بن عبيدة التميمي، المؤرخ المحدث، توفي سنة أربع وستين ومائتين، أو ثلاث
 وستين. تاريخ التراث العربي ١ / ٢ / ٢٠٥.

(١٨) في ب، م: «وجود» تحريف.

(١٩-١٩) سقط من: ب، م.

(٢٠) ذكرها عبد الرزاق، في: باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، من كتاب الطلاق. المصنف ٧ / ١٤٨،

وابن سعد، في الطبقات الكبرى ٧ / ٥٢. وابن حجر، في الإصابة ٥ / ٦٤٦.

(٢١) في ا، ب، م: «انتشرت».

عندي ، أن لها ليلة من ثمان ، لتكون على النصف مما للحرّة ، فإن حقّ الحرّة من كلّ ثمان ليلتان ، ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع ، لَزَادَ على النصف ، ولم يكن للحرّة ليلتان وللأمة ليلة ، ولأنّه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة ، فلم يُرَدُّ أن يزيدهنّ على الواجب لهنّ ، فقَسَمَ بينهنّ سَبْعًا ، فماذا يصنَعُ في الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حرّة ، فقد زادها على ما يجب لها ، وإن بائها عند الأمة جعلها كالحرّة ، ولا سبيل إليه ، وعلى ما اختَرْتُهُ ^(٢٢) تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحبّ انفردَ فيها ، وإن أحبّ باتَ عند الأولى مُستأنفًا للقَسَمِ . وإن كان عنده ^(٢٣) حرّة وأمة ، قَسَمَ لهنّ ثلاث ليالٍ من ثمان ، وله الانفرادُ في خمس . وإن كان تحته حُرَّتَانِ وأمة ، فلهنّ خمس وله ثلاث . وإن كان حُرَّتَانِ وأمتان ، فلهنّ ستّ وله اثنتان ^(٢٤) . وإن كانت أمة واحدة ، فلها ليلة وله سبع ، وعلى قولهم لها ليلة وله ستّ .

فصل : والوطء واجب على الرّجل ، إذا لم يكن له ^(٢٥) عُذْرٌ . وبه قال مالك . وعلى قول القاضي : لا يجب إلا أن يتركه للإضرار . وقال / الشافعي : لا يجب عليه ؛ لأنّه حقّ له ، فلا يجب عليه ، كسائر حقوقه . ولنا ، ما تقدّم في الفصل الذي قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنّه حين قضى بين الرّجل وامرأته ، قال :

إِنَّ لَهَا عَلَيْكَ حَقًّا يَا بَعْلُ
تُصِيبُهَا فِي أَرْبَعٍ لِمَنْ عَدَلُ
فَأَعْطِهَا ذَاكَ وَدَعْ عَنْكَ الْعِلْلُ

فاستحسن عمرُ قضاءه ، ورضيه . ولأنّه حقّ واجب بالاتفاق ، إذا ^(٢٥) حلف على تركه ، فيجب قبل أن يحلف ، كسائر الحقوق الواجبة ، يُحقّق هذا أنّه لو لم يكن

(٢٢) في م : « اختزن » .

(٢٣) سقط من : ١ .

(٢٤) في الأصل : « ليلتان » .

(٢٥) في م : « وإذا » .

واجباً ، لم يصِرَ باليمين على تركه واجباً ، كسائر ما لا يجب ، ولأنَّ النِّكاحَ شُرِعَ لمصلحة الزوجين ، ودَفَعَ الضررَ عنهما ، وهو مُفَضَّلٌ^(٢٦) إلى دَفْعِ ضررِ الشَّهْوَةِ عن المرأة كإفضائه^(٢٦) إلى دَفْعِ ذلك عن الرَّجُلِ ، فيجبُ تعلُّيله بذلك ، ويكون النِّكاحُ حقًّا لهما جميعاً ، ولأنَّه لو لم يكن لها فيه حقٌّ ، لَمَا وَجِبَ اسْتِثْنَاهَا فِي الْعَزْلِ ، كَالْأَمَةِ . إِذَا ثَبَتَ وجوبه ، فهو مُقَدَّرٌ بأربعة أشهرٍ . نصَّ عليه أحمدُ . ووجهه أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدَرَهُ بأربعة أشهرٍ في حقِّ المُولَى ، فكذلك في حقِّ غيره ؛ لأنَّ اليمينَ لا تُوجِبُ ما حُلِفَ على تركه ، فيدُلُّ على أَنَّهُ وَاجِبٌ بدونها . فإنَّ أَصَرَ على تركِ الوطءِ ، وطالبتِ المرأةُ ، فقد رَوَى ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، في رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ، ولم يدخلْ بها ، يقول : غداً أدخلُ بها ، غداً أدخلُ بها . إلى شهرٍ ، هل يُجْبَرُ على الدُّخُولِ ؟ فقال : أَذْهَبَ إلى أربعة أشهرٍ ، إنْ دَخَلَ بها ، وإلا فَرَّقَ بينهما . فجعله أحمدُ كالمُولَى . وقال أبو بكرٍ بنُ جعفرٍ^(٢٧) : لم يَرَوْا مسألةَ ابنِ منصورٍ غيره ، وفيها نَظَرٌ ، وظاهرُ قولِ أصحابنا أَنَّهُ لَا يُفَرَّقُ بينهما لذلك ، وهو قولُ أَكْثَرِ الفقهاءِ ؛ لأنَّه لو ضُرِبَتْ^(٢٨) له المُدَّةُ لذلك ، وفُرِّقَ بينهما ، لم يكن للإيلاءِ أثرٌ ، ولا خلافٌ في اعتباره .

فصل : وإن سافرَ عن امرأته لعذرٍ وحاجةٍ ، سقطَ حقُّها من القَسَمِ والوطءِ ، وإن طالَ سفرُهُ ، ولذلك لا يُفْسَخُ^(٢٩) نِكَاحُ المفقودِ إذا تَرَكَ لَامْرَأَتِهِ نَفَقَةً . وإن لم يكن له عذرٌ مانعٌ مِنَ الرَّجُوعِ ، فإنَّ أحمدَ ذهبَ إلى تَوْقِيتِهِ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنَّهُ قِيلَ لَهُ : كَمْ يَغِيبُ الرَّجُلُ عن زوجته ؟ قال : سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، يُكْتَبُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَرْجِعَ ، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما . وإِنَّمَا صَارَ إلى تَقْدِيرِهِ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَمَرَ ، رَوَاهُ أَبُو حَفْصٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ^(٣٠) .

قال : بينا عمرُ بنُ الخطَّابِ يحرسُ / المدينةَ ، فمرَ بامرأةٍ في بيتها وهي تقول :

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) أى : غلامُ الخلال عبد العزيز بن جعفر . وتقدم .

(٢٨) في ب ، م : « ضرب » .

(٢٩) في ب ، م : « يصح » .

(٣٠) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الغازی يطيل الغيبة عن أهله . السنن ٢ / ١٧٤ ، كما أخرجه البيهقي مختصراً ، في : باب الإمام لا يُجْمَرُ بالعزى ، من كتاب السير . السنن الكبرى ٩ / ٢٩ .

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَاسْتَوَدَّ جَانِبُهُ وَطَالَ عَلَى أَنْ لَا خَلِيلَ الْأَعْبَةُ
وَوَاللَّهِ لَوْلَا خَشْيَةُ اللَّهِ وَحْدَهُ لَحُرِّكَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

فسأل عنها عمر ، ف قيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله . فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فاقفله ، ثم دخل على حفصة ، فقال : يا بنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا ! فقال : لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك . قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر . فوقت للناس في مغازمهم ستة أشهر ؛ يسIRON شهرًا ، ويقيمون أربعة ، ويسIRON شهرًا راجعين . وسئل أحمد : كم للرجل أن يغيب عن أهله ؟ قال : يروى ستة أشهر . وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر^(٣١) لا بد له ، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر ، فقال بعض أصحابنا : يرأسله الحاكم ، فإن أبى أن يقدم ، فسح نكاحه . ومن قال : لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر ، فهنا أولى . وفي جميع ذلك ، لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم ؛ لأنه مختلف فيه .

فصل : وسئل أحمد : يوجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال : إى والله ، يختسب الولد . وإن لم يرد الولد ؟ يقول : هذه امرأة شابة ، لم لا يوجر ؟ وهذا صحيح ، فإن أبا ذر روى ، أن رسول الله ﷺ قال : « مَبَاضَعُكَ أَهْلَكَ صَدَقَةٌ » . قلت : يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونوجر ؟ قال : « أَرَأَيْتَ لَوْ وَضَعَهُ فِي غَيْرِ حَقِّهِ ، كَانَ عَلَيْهِ وَزْرٌ ؟ » قال : قلت : بلى . قال : « أَفَتَحْتَسِبُونَ بِالسَّيِّئَةِ ، وَلَا تَحْتَسِبُونَ بِالْخَيْرِ »^(٣٢) . ولأنه وسيلة إلى الولد ، وإعفاف نفسه وامراته ، وغض بصره ، وسكون

= وذكره ابن السبكي ، في مقدمة الطبقات ، وقال : ليس في شيء من الكتب الستة . طبقات الشافعية الكبرى . ٢٨٤ / ١ .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في حاشية ١ : « بالحسنة » . والحديث أخرجه مسلم ، في : باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٩٧ ، ٦٩٨ . وأبو داود ، في : باب في إمطة الأذى عن الطريق ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٦٥١ ، ٦٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ١٥٤ ، ١٦٧ ، ١٧٨ .

نَفْسِهِ ، أو إلى بعض ذلك .

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين نِسَائِهِ في النَّفَقَةِ وَالْكُسُوفِ إِذَا قَامَ بِالْوَاجِبِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ . قال أحمدُ ، في الرَّجُلِ لَهُ امْرَأَتَانِ : لَهُ أَنْ يُفْضَلَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فِي النَّفَقَةِ وَالشَّهَوَاتِ وَالسُّكْنَى ^(٣٣) ، إِذَا كَانَتِ الْأُخْرَى فِي كِفَايَةٍ ، وَيَشْتَرِي لِهَذِهِ أَرْفَعَ مِنْ ثَوْبِ هَذِهِ ، وَتَكُونُ تِلْكَ فِي كِفَايَةٍ . وَهَذَا لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ فِي هَذَا كُلِّهِ تَشَقُّ ، فَلَوْ / وَجِبَ لَمْ يُمْكِنَهُ الْقِيَامُ بِهِ إِلَّا بِحَرْجٍ ، فَسَقَطَ وَجُوبُهُ ، كَالتَّسْوِيَةِ فِي الْوَطْءِ .

١٢٢٤ - مسألة ؛ قال : (وَعِمَادُ الْقَسَمِ اللَّيْلُ)

لا خِلَافَ فِي هَذَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّيْلَ لِلسَّكَنِ وَالْإِيوَاءِ ، يَأْوِي فِيهِ الْإِنْسَانُ إِلَى مَنْزِلِهِ ، وَيَسْكُنُ إِلَى أَهْلِهِ ، وَيَنَامُ فِي فِرَاشِهِ مَعَ زَوْجَتِهِ عَادَةً ، وَالنَّهَارَ لِلْمَعَاشِ ، وَالخُرُوجِ ، وَالتَّكْسِبِ ، وَالِاشْتِغَالِ . قال الله تعالى : ﴿ وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا * وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا ﴾ ^(٢) . وقال : ﴿ وَمِنْ رَحْمَتِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ ﴾ ^(٣) . فعلى هذا يَقْسِمُ الرَّجُلُ بَيْنَ نِسَائِهِ لَيْلَةً وَلَيْلَةً ، وَيَكُونُ فِي النَّهَارِ فِي مَعَاشِهِ ، وَقَضَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ ، وَمَا شَاءَ مِمَّا يُبَاحُ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ مَعَاشُهُ بِاللَّيْلِ ، كَالْحُرَّاسِ وَمَنْ أَشَبَّهُهُمْ ، فَإِنَّهُ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ بِالنَّهَارِ ، وَيَكُونُ اللَّيْلُ فِي حَقِّهِ كَالنَّهَارِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ .

فصل : وَالنَّهَارُ يَذُنُّ فِي الْقَسَمِ تَبَعًا لِلَّيْلِ ؛ بِدَلِيلِ مَا رُوِيَ أَنَّ سَوْدَةَ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِي ، وَفِي

(٣٣) في ب ، م : « والكسَى » .

(١) سورة الأنعام ٩٦ .

(٢) سورة النبأ ١٠ ، ١١ .

(٣) سورة القصص ٧٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب المرأة تهب يومها من زوجها لغيرها وكيف يقسم ذلك ، من كتاب النكاح . صحيح =

يَوْمِي^(٥) . وَإِنَّمَا قَبِضَ النَّبِيُّ ﷺ نَهَارًا . وَيَتَّبِعُ الْيَوْمُ اللَّيْلَةَ الْمَاضِيَةَ ؛ لِأَنَّ^(٦) النَّهَارَ تَابَعَ لِلَّيْلِ ، وَلِهَذَا يَكُونُ أَوَّلُ الشَّهْرِ اللَّيْلُ ، وَلَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ شَهْرٍ دَخَلَ مُعْتَكِفُهُ قَبْلَ غُرُوبِ شَمْسِ الشَّهْرِ الَّذِي قَبْلَهُ ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ بَعْدَ غُرُوبِ شَمْسِ آخِرِ يَوْمٍ مِنْهُ ، فَيَبْدَأُ بِاللَّيْلِ ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ النَّهَارَ مُضَافًا إِلَى اللَّيْلِ الَّذِي يَتَعَقَّبُهُ جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَتَفَاوَتْ .

فصل : وَإِنْ خَرَجَ مِنْ عِنْدِ بَعْضِ نِسَائِهِ فِي زَمَانِهَا ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي النَّهَارِ أَوْ أَوَّلِ اللَّيْلِ ، أَوْ آخِرِهِ الَّذِي جَرَتْ الْعَادَةُ بِالِانْتِشَارِ فِيهِ ، وَالخُرُوجُ إِلَى الصَّلَاةِ ، جَازَ ؛ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ يَخْرُجُونَ لَصَلَاةِ الْعِشَاءِ ، وَلَصَلَاةِ الْفَجْرِ قَبْلَ طُلُوعِهِ ، وَأَمَّا النَّهَارُ ، فَهُوَ لِلْمَعَاشِ وَالِانْتِشَارِ . وَإِنْ خَرَجَ فِي غَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَلْبَثْ أَنْ عَادَ ، لَمْ يَقْضِ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي قَضَاءِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَقَامَ ، قَضَاهُ لَهَا ، سَوَاءً كَانَتْ إِقَامَتُهُ لِعُذْرٍ ؛ مِنْ شُغْلٍ أَوْ حَبْسٍ ، أَوْ لَغْوٍ عُذْرٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا قَدَفَاتٌ بِغَيْبَتِهِ عَنْهَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَجْعَلَ قَضَاءَهُ لَذَلِكَ غَيْبَتَهُ عَنِ الْآخَرِ ، مِثْلَ مَا غَابَ عَنْ هَذِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ تَحْصُلُ بِذَلِكَ ، وَلَئِنْ إِذَا جَازَ لَهُ تَرْكُ اللَّيْلِ بِكَمَالِهَا فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَبَعْضُهَا أَوْلَى . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَقْضِيَ لَهَا فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَعُ فِي الْمُمَاتِلَةِ ، وَالْقَضَاءُ تُعْتَبَرُ الْمُمَاتِلَةُ فِيهِ ، كَقَضَاءِ / الْعِبَادَاتِ وَالْحُقُوقِ . وَإِنْ قَضَاهُ فِي غَيْرِهِ مِنَ اللَّيْلِ ، مِثْلَ إِنْ فَائَتْهَا فِي أَوَّلِ اللَّيْلِ ، فَقَضَاهُ فِي آخِرِهِ ، أَوْ مِنْ آخِرِهِ ، فَقَضَاهُ فِي^(٧) أَوَّلِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا

١٥٤/٧ و

= البخاري ٧ / ٤٣ . ومسلم ، في : باب جواز هبتها نوبتها لضررتها ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٥ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٢ ، ٤٩٣ . وابن ماجه ، في : باب المرأة تهب يومها لصاحبها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ١١٧ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ وما نسب من البيوت إليهن ، من كتاب الخمس . صحيح البخاري ٤ / ٩٩ .

(٦) في ب ، م : « ولأن » .

(٧) في ١ : « من » .

يجوز ؛ لأنه قد قضى قدر ما فاتته من الليل . والآخر ، لا يجوز ؛ لعدم المماثلة . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى ، لئلا يفوت حق الأخرى ، فتحتاج إلى قضاء ، ولكن إما أن تنفرد بنفسه في ليلة ، فيقضى منها ، وإما أن يقسم ليلة بينهما ، ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها ، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه ، وإما أن يقسم المتروك بينهما ، مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين ، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة ، فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

فصل : وأما الدخول على ضررتها في زمنها ، فإن كان ليلاً لم يجز إلا للضرورة ، مثل أن تكون منزولاً بها ، فيريد أن يحضرها ، أو توصى إليه ، أو مالا بد منه ، فإن فعل ذلك ، ولم يلبث أن خرج ، لم يقض . وإن أقام وبرأت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها . وإن خرج لحاجة غير ضرورية ، أتم . والحكم في القضاء ، كما لو دخل للضرورة ، ^(٨) إن لم يلبث أن خرج ، لم يقض ^(٨) ؛ لأنه لا فائدة في قضاء اليسير . وإن دخل عليها ، فجامعها في زمن يسير ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يلزمه قضاؤه ؛ لأن الوطاء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير لا يقضى . والثاني ، يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة ، فيجامعها ، ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبهه الكثير . وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة ، من دفع التفقة ، أو عيادة ، أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته ، أو زيارتها لبعد عهده بها ، ونحو ذلك ؛ لما روت عائشة ، قالت : كان رسول الله ﷺ يدخل على في يوم غيري ، فينال مني كل شيء إلا الجماع ^(٩) . وإذا دخل إليها لم

(٨-٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) أخرج أبو داود نحوه ، في : باب في القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٢ . وانظر : إرواء الغليل ٧ / ٨٧ .

يُجامعها ، ولم يُطلَّ عندها ؛ لأنَّ السَّكْنَ يحصلُ بذلك ، وهى لا تستحقُّه ، وفى الاستمتاع منها بما دون الفرج وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، يجوزُ ؛ لحديث عائشة . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يحصلُ لها به السَّكْنُ ، فأشبهَ الجماعَ . فإنَّ أطلَّ المُقامَ عندها ، قضاهُ . وإنَّ جامعها فى الزَّمنِ اليسيرِ / ، ففيه وَجْهَانِ على ما ذكرنا . ومذهبُ الشَّافعى على نحوِ ما ذكرنا ، إلَّا أنَّهم قالوا : لا يَقْضَى إذا جامعَ فى النَّهارِ . ولنا ، أنَّه زمنٌ يَقْضيه إذا طال ^(١٠) المُقامُ ، فيَقْضيه إذا جامعَ فيه ، كالليل .

فصل : والأولى أن يكون لكلِّ واحدةٍ منهُنَّ مَسْكَنٌ يأتِيها فيه ؛ لأنَّ رسولَ الله ﷺ كان يَقْسِمُ هكذا ، ولأنَّه أَصَوْنٌ لَهُنَّ وَأَسْتَرٌ ، حتى لا يَخْرُجَنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ . وإنَّ اتَّخَذَ لِنَفْسِهِ مَنْزِلًا يَسْتَدْعِي إِلَيْهِ كُلَّ واحدةٍ مِنْهُنَّ فى لَيْلَتِها ويومِها ، كان له ذلك ؛ لأنَّ للرجل نَقْلَ زَوْجَتِهِ حيثُ شاءَ ، وَمَنْ امتنعَتْ مِنْهُنَّ من إجابته ، سَقَطَ حَقُّها مِنَ الْقَسْمِ ؛ لِنُشُوزِها . وإنَّ اختارَ أن يَقْصِدَ بَعْضَهُنَّ فى مَنَازِلِهِنَّ ، وَيَسْتَدْعِي الْبَعْضَ ، كان له ذلك ؛ لأنَّ له أن يُسْكِنَ كُلَّ واحدةٍ مِنْهُنَّ حيثُ شاءَ . وإنَّ حَبَسَ الزَّوْجَ ، فأحبَّ الْقَسْمَ بين نِسائِهِ ، بأنَّ يَسْتَدْعِي كُلَّ واحدةٍ فى لَيْلَتِها ، فعليهِنَّ طاعتهُ ، إنَّ كان ذلك سَكْنًا مِثْلَهُنَّ ، وإنَّ لم يكنْ ، لم تُلْزَمُهُنَّ إجابتهُ ؛ لأنَّ عليهنَّ فى ذلك ضَرَرًا . وإنَّ أَطْعَمَهُ ، لم يكنْ له أن يتركَّ العدلَ بينهنَّ ، ولا اسْتِدْعَاءَ بَعْضِهِنَّ دُونَ بَعْضٍ ، كما فى غيرِ الْحَبْسِ .

١٢٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ ، وَلَمْ يَطِئِ الْآخَرَى ، فَلَيْسَ بِعَاصٍ)

لا نعلمُ خلافاً بينَ أهلِ العلمِ ، فى أنَّه لا تجبُ التَّسْوِيَةُ بينَ النِّسَاءِ فى الجِماعِ ، وهو مذهبُ مالِكٍ ، والشَّافعى ؛ وذلك لأنَّ الجماعَ طريقُهُ الشَّهْوَةُ وَالْمَيْلُ ، ولا سَبِيلَ إلى التَّسْوِيَةِ بينهنَّ فى ذلك ، فإنَّ قلبَهُ قد يَمِيلُ إلى إحداهُما دونَ الْآخَرَى ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ ^(١) . قال عبيدةُ السَّلْمَانِي : فى

(١٠) فى ١ : « أطل » .

(١) سورة النساء ١٢٩ .

الحُبِّ والجماع . وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع ، كان أحسن وأولى ؛ فإنه أبلغ في العدل ، وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهما فيعدل ، ثم يقول : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تُلْمَنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ »^(١) . ورُوي أنه كان يسوي بينهما حتى في القبل^(٢) . ولا تجب التسوية بينهما في الاستمتاع فيما^(٣) دون الفرج ؛ من القبل ، واللمس ، ونحوهما ؛ لأنه إذا لم تجب التسوية بينهما^(٤) في الجماع ، ففي دواعيه أولى .

١٢٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْسِمُ لِرُؤُوسِهِ الْأَمَةِ لَيْلَةً ، وَلِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً)

وهذا قال علي بن أبي طالب ، وسعيد بن المسيب ، ومسروق ، والشافعي ،
١٥٥/٧ / وإسحاق ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري ، والأوزاعي ، وأهل الرأي . وقال مالك ، في إحدى الروايتين عنه : يسوي بين الحرة والأمة في القسم ؛ لأنهما سواء في حقوق النكاح ؛ من النفقة ، والسكنى ، وقسم الابتداء ، كذلك ههنا . ولنا ، ما روي عن علي ، رضي الله عنه ، أنه كان يقول : إذا تزوج الحرة على الأمة ، قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين . رواه الدارقطني^(١) ، واحتج به أحمد . ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً ، فكان حظها أكثر في الإيواء ، ويخالف النفقة والسكنى ، فإنه مقدّر بالحاجة ، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة . وأما قسم الابتداء ، فإنما شرع ليُزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ، ولا يختلفان في ذلك ، وفي مسائلنا يقسم لهما لتساوي حظهما .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٥ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، موقفاً ، عن جابر بن زيد ، في : باب ما قالوا في العدل بين التسوة إذا اجتمع ومن كان يفعله ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٨٧ .

(٤) في ١ ، ب ، م : « بما » .

(٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١) في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٨٥ .

فصل : والمسلمة والكتيبة سواء في القسم ، فلو كانت^(٢) له امرأتان ، أمة مسلمة ، وحرّة كتيبة ، قسم للأمة ليلة وللحرّة ليلتين ، وإن كانتا جميعاً حرّتين ، فليلةً وليلةً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن القسم بين المسلمة والذميمة سواء . كذلك قال سعيد بن المسيّب ، والحسن ، والشّعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلمة والكتيبة ، كالنفقة والسكنى . ويفارق^(٣) الأمة ؛ لأن الأمة لا يتم تسليمها ، ولا يحصل لها الإيواء التام ، بخلاف الكتيبة .

فصل : فإن اعتقت الأمة في أثناء مدتها ، أضاف إلى ليلتها ليلةً أخرى ، لتساوى الحرّة ، وإن كان بعد انقضاء مدتها ، استوفى القسم متساوياً ، ولم يقض لها ما مضى ؛ لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها . وإن عتقت ، وقد قسم للحرّة ليلةً ، لم يزدّها على ذلك ؛ لأنهما تساويا ، فيسوى بينهما .

فصل : والحق في القسم للأمة دون سيدها ، فلها أن تهب ليلتها لزوجها ، ولبعض ضرائرها ، كالحرّة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها ؛ لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها ، فملك إسقاطه . وذكر القاضي ، أن قياس قول أحمد : إنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها . / أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه . ولا يصح هذا ؛ لأن الوطاء لا يتناول القسم ، فلم يكن للولي فيه حق ، ولأن المطالبة بالفدية للأمة دون سيدها ، فسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها ، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا .

فصل : ولا قسم على الرجل في ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء ، فله الدخول

(٢) في ب ، م : د كان .

(٣) في ا : د وفارق .

على الإمام كيف شاء ، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر ، وإن شاء ساوى بين الإمام ، وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض ؛ بدليل قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (٤) . وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية ، وريحانة ، فلم يكن يقسم لهما . ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوا أو عينا ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء ، لكن إن احتاجت إلى النكاح ، فعليه إغافها ، إما بوطئها ، أو تزويجها ، أو بيعها .

فصل : ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يجز إلا برضاهن . وقال القاضي : له أن يقسم ليلتين ليلتين ، وثلاثا ثلاثا . ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن . والأولى مع هذا ليلة وليلة ؛ لأنه أقرب لعهدهن به ، وتجوز الثلاث لأنها في حد القلة ، فهي كالليلة ، وهذا مذهب الشافعي . ولنا ، أن النبي ﷺ إنما قسم ليلة وليلة ، ولأن التسوية واجبة ، وإنما (جوز بالبداية) بواحدة ، لتعذر الجمع ، فإذا بات عند واحدة ليلة ، تعينت الليلة الثانية حقا للأخرى ، فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها ، ولأنه تأخير لحقوق بعضهن ، فلم يجز بغير رضاهن ، كالزيادة على الثلاث ، ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لكل واحدة ثلاثا ، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يجز ، كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ، ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضى المستحق ، كتأخير الدين الحال ، والتحديد بالثلاث ، تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق ، كالديون الحالة وسائر الحقوق .

فصل : فإن قسم لإحدهما ، ثم طلق الأخرى قبل قسمها ، أثم ؛ لأنه فوت حقها

(٤) سورة النساء ٣ .

(٥-٥) في ب ، م : : جوزت البداية .

الواجب لها ، فإن عادت إليه ، / برَجعة^(٦) أو نِكَاح ؛ قَضَى لها ؛ لأنه قَدَرَ على إيفاء حقها ، فلَزِمَه ، كالمُعْسير إذا أيسر بالدين . فإن قَسَمَ لإحدهما ، ثم جاء ليقسيم للثانية ، فأغْلَقَتِ البابَ دُونَه ، أو منَعَتْهُ من الاستِمتاعِ بها ، أو قالت : لا تدخلُ عليّ ، أو لائِثٌ عندي . أو ادَّعَتِ الطَّلَاقَ ، سَقَطَ حقها من القسم . فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة ، استأنف القسم بينهما ، ولم يقض للناشر^(٧) ؛ لأنها أسقطت حق نفسها . وإن كان له أربع نِسوة ، فأقام عند ثلاثٍ منهن ثلاثين ليلةً ، لَزِمَه أن يقيم عند الرابعة عشرًا ؛ لتساويهن ، فإن نشرت إحداهن عليه^(٨) ، وظلم واحدة فلم يقسيم لها ، وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلةً ، ثم أطاعته الناشز ، وأراد القضاء للمظلومة ، فإنه يقسيم لها ثلاثًا ، وللناشر ليلةً ، خمسة أدوارٍ ، فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلةً ، ويحصل للناشر خمسٌ ، ثم يستأنف القسم بين الجميع ، فإن كان له ثلاث نِسوة ، فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلةً ، وظلم الثالثة ، ثم تزوج جديدةً ، ثم أراد أن يقضى للمظلومة ، فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكرًا ، وثلاث إن كانت ثيبًا ؛ لحق العقد ، ثم يقسيم بينها وبين المظلومة خمسة أدوارٍ ، على ما قدّمنا للمظلومة من كل دور ثلاثًا ، وواحدة للجديدة .

فصل : فإن كانت^(٩) امرأتاه في بلدَين ، فعليه العَدْلُ بينهما ؛ لأنه اختار المُباعدةَ بينهما ، فلا يسقط حقهما عنه بذلك ، فإما أن يمضي إلى الغائبة في أيامها ، وإما أن يُقدّمها إليه ، ويجمع بينهما في بلد واحد ، فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان ، سقط حقها لتشوزها . وإن أحب القسم بينهما في بلدَيهما ، لم يُمكن أن يقسيم ليلةً وليلةً ، فيجعل المدة بحسب ما يُمكن ، كشهري وشهري ، أو أكثر ، أو أقل ، على حسب ما يُمكنه ، وعلى حسب تقارب البلدَين وتباعدِهما .

(٦) في ب ، م : رجعة .

(٧) في ب ، م : الناشز .

(٨) سقط من : أ .

(٩) في ب ، م : كان .

فصل : ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها ، أو لبعض ضرائرها ، أو لهن جميعاً ، ولا يجوز إلا برضى الزوج ؛ لأنَّ حقَّه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه ، فإذا^(١٠) رضيت هي والزوج جاز ؛ لأنَّ الحقَّ في ذلك لهما ، لا يخرج عنهما ، فإن أبت الموهوبة قبول الهبة ، لم يكن لها ذلك ؛ لأنَّ حقَّ الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت ، إنما منعه المراجعة بحق صاحبتها ، فإذا زالت المراجعة بهبتها ، ثبتَّ حقُّه في الاستمتاع بها ، وإن كرهت ، كما لو كانت / منفردة . وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة ، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة . متفق عليه^(١١) . ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه ، فإن سودة وهبت يومها في جميع زماينها . وروى ابن ماجه^(١٢) ، عن عائشة ، أن رسول الله ﷺ وجد على صفية بنت حني في شيء ، فقالت صفية لعائشة : هل لك أن ترضي عني^(١٣) رسول الله ﷺ ولك يومى ؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران ، فرشته ليفوخ ريحهُ ، ثم اختمرت به ، وقعدت إلى جنب النَّبِيِّ ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : « إِلَيْكَ يَا عَائِشَةُ ، إِنَّهُ لَيْسَ يَوْمُكَ » . قالت : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء . فأخبرته بالأمر ، فرضى عنها . فإذا ثبت هذا ، فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها ، صار القسم بينهما كما لو طلق الواهبة . وإن وهبتها للزوج ، فله جعله^(١٤) لمن شاء ؛ لأنَّه لا ضرر على الباقيات في ذلك ، إن شاء جعله للجميع ، وإن شاء خصَّ بها واحدة منهن ، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض . وإن وهبتها لواحدة منهن^(١٥) كفعل سودة ، جاز . ثم إن كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة ، وآلى بينهما ، وإن كانت لا تليها ، لم يجز له المولاة بينهما ، إلا برضى

(١٠) في الأصل : « فإن » .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤٢ .

(١٢) في : باب المرأة تهب يومها لصاحبتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٤ .

(١٣) في الأصل : « على » .

(١٤) في ١ ، ب ، م : « جعلها » .

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ .

الباقيات ، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبية ؛ لأن الموهوبة قامت مقام الواهبية في ليلتها ، فلم يجز تغييرها عن موضعها ، كما لو كانت باقية للواهبية ، ولأن في ذلك ^(١٦) تأخير الحق غيرها ، وتغييرا ليلتها بغير رضاها ، فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج ، فآثر بها امرأة منهن بعينها . وفيه وجه آخر ، أنه يجوز المولاة بين الليلتين ؛ لعدم الفائدة في التفريق . والأول أصح ، وقد ذكرنا فيه فائدة ، فلا يجوز أطراحها . ومتى رجعت الواهبية في ليلتها ، فلها ذلك في المستقبل ؛ لأنها هبة لم تقبض ، وليس لها الرجوع فيما مضى ؛ لأنه بمنزلة المقبوض . ولو رجعت في بعض الليل ، كان على الزوج أن ينتقل إليها ، فإن لم يعلم حتى أتم الليلة ، لم يقض ^(١٧) لها شيئا ؛ لأن التفريط منها .

فصل : فإن بذلت ليلتها بمال ، لم يصح ؛ لأن حقها في كون الزوج عندها ، وليس ذلك بمال ، فلا يجوز مقابلته بمال ، فإذا أخذت عليه مالا ، لزمها رده ، وعليه أن يقضى لها ؛ لأنها تركته بشرط العوض ، ولم يسلم لها ، وإن كان عوضها غير المال ، مثل إرضاء زوجها ، أو غيره / عنها ، جاز ؛ فإن عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفيّة ، وأخذت يومها ، وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ ، فلم ينكره .

١٢٢٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا سافرت زوجته بإذنه ، فلا نفقة لها ، ولا قسم ، وإن كان هو أشخصها ، فهي على حقها من ذلك)

وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها ، بإذن زوجها ، لتجارة لها ، أو زيارة ، أو حج تطوع ، أو عمرة ^(١) ، لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقشي ،

(١٦-١٧) في ١ ، ب ، م : « تأخير حق » .

(١٧) في ١ ، ب ، م : « يقبض » .

(١) سقط من : الأصل .

والقاضي . وقال أبو الخطاب : في ذلك وجهان . وللشافعي فيه قولان ؛ أحدهما ، لا يسقط حقها ؛ لأنها سافرت بإذنه ، أشبه ما لو سافرت معه . ولنا ، أن القسم للأئس ، والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها ، فسقط ، كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها . وفارق ما إذا سافرت معه ؛ لأنه لم يتعذر ذلك . ويحتمل أن يسقط القسم ، وجهًا واحدًا ؛ لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها ، والتعذر من جهته ، فإذا تعذر من جهتها بسفرها ، كان أولى ، ويكون في النفقة الوجهان ^(٢) . وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه ، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه تشوُّر ولا معصية ، فلأن يسقط بالتشوُّر والمعصية أولى . وهذا لا خلاف فيه نعلمه . فأما إن أشخصها ^(٣) ، وهو أن ^(٤) يبعثها لحاجته ، أو يأمرها بالنقلة من بلدها ، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ؛ لأنها لم تُفوّت عليه التمكين ، ولا فات من جهتها ، وإنما حصل بتفويضه ، فلم يسقط حقها ، كما لو أثلّف المشتري المبيع ، لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه . فعلى هذا ، يقضى لها بحسب ما أقام عند ضررتها . وإن سافرت معه ، فهي على حقها منهما جميعًا .

١٢٢٨ — مسألة ؛ قال : (وإذا أراد سفرًا ، فلا يخرج معه منهنّ إلا بقرعة ، فإذا قدم ابتداء القسم يئنهن)

وجملته أن الزوج إذا أراد سفرًا ، فأحبّ حمل نساءه معه كلهنّ ، أو تركهنّ كلهنّ ، لم يحتج إلى قرعة ؛ لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهنّ بالسفر ، وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهنّ ، لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة . وهذا قول أكثر أهل العلم .

(٢) في ١ : « وجهان » .

(٣) في ب ، م : « شخصها » .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، فَإِنَّ عَائِشَةَ رَوَتْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ / إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ، وَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا ، خَرَجَ بِهَا مَعَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلَآنَ فِي الْمُسَافَرَةِ بَعْضُهُنَّ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ تَفْضِيلًا لَهَا ، وَمِيلًا إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَجْزْ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، كَالْبِدَايَةِ بِهَا فِي الْقَسَمِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْمُسَافِرَةُ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدَةٍ ، أَقْرَعَ أَيْضًا ، فَقَدْ رَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، كَانَ إِذَا خَرَجَ أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ، فَصَارَتِ الْقُرْعَةُ لِعَائِشَةَ وَحَفْصَةَ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٢) . وَمَتَى سَافَرَ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدَةٍ ، سَوَّى بَيْنَهُنَّ كَمَا يُسَوَّى بَيْنَهُنَّ فِي الْحَضَرِ ، وَلَا يُلْزَمُهُ الْقَضَاءُ لِلْحَاضِرَاتِ بَعْدَ قُدُومِهِ . وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : « فَإِذَا قَدِمَ ابْتَدَأَ الْقَسَمَ بَيْنَهُنَّ » . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عَنْ دَاوُدَ أَنَّهُ يَقْضِي ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ ﴾ ^(٣) . وَلَنَا ، أَنَّ عَائِشَةَ لَمْ تَذْكُرْ قَضَاءً فِي حَدِيثِهَا ، وَلَآنَ هَذِهِ الَّتِي سَافَرَ بِهَا يَلْحَقُهَا مِنْ مَشَقَّةِ السَّفَرِ بِإِزَاءِ مَا حَصَلَ لَهَا مِنَ السَّكَنِ ، وَلَا يَحْصُلُ لَهَا مِنَ السَّكَنِ مِثْلُ مَا يَحْصُلُ فِي الْحَضَرِ ، فَلَوْ قَضَى لِلْحَاضِرَاتِ ، لَكَانَ قَدْ مَالَ عَلَى الْمُسَافِرَةِ كُلِّ الْمِيلِ ، لَكِنْ إِنْ سَافَرَ بِأَحَدَاهُنَّ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، أَثِمَ ، وَقَضَى لِلْبَوَاقِ بَعْدَ سَفَرِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يَقْضِي ؛ لِأَنَّ قَسَمَ الْحَضَرِ لَيْسَ بِمِثْلِ لَقَسَمِ السَّفَرِ ، فَيَتَعَذَّرُ الْقَضَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خَصَّ بَعْضَهُنَّ بِمُدَّةٍ ، عَلَى وَجْهِ تَلْحَقُهُ التُّهْمَةُ فِيهِ ، فَلَزِمَهُ الْقَضَاءُ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُلْزَمَهُ قَضَاءُ الْمُدَّةِ ، وَإِنَّمَا يَقْضِي مِنْهَا مَا أَقَامَ مِنْهَا مَعَهَا بِمَبِيتٍ وَنَحْوِهِ ، فَأَمَّا زَمَانُ السَّيْرِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ لَهَا ^(٤) مِنْهُ إِلَّا التَّعَبُ وَالْمَشَقَّةُ ، فَلَوْ جَعَلَ لِلْحَاضِرَةِ فِي مُقَابَلَةِ ذَلِكَ مَبِيتًا عِنْدَهَا ، وَاسْتِمْتَاعًا بِهَا ، لَمَالَ كُلُّ الْمِيلِ .

فصل : إِذَا خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِأَحَدَاهُنَّ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ السَّفَرُ بِهَا ، وَلَهُ تَرْكُهَا وَالسَّفَرُ

(١) تقدم تخريجه ، في : ٩ / ٤٣٠ .

(٢) في : باب القرعة بين النساء إذا أراد السفر ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٤٣ . وانظر تخريج الحديث السابق .

(٣) سورة النساء ١٢٩ .

(٤) في الأصل : « له » .

وحده ؛ لأنَّ القرعة لا تُوجِبُ ، وإنَّما تُعَيِّنُ مَنْ تَسْتَحِقُّ التَّقْدِيمَ . وإنَّ أراد السَّفَرُ
 بغيرها ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّها تَعَيَّنَتْ بالقرعة ، فلم يَجْزِ العُدُولُ عنها إلى غيرها . وإنَّ وهبت
 حقها من ذلك لغيرها ، جاز إذا رَضِيَ الزَّوْجُ ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، فَصَحَّتْ هِبَتُها له ، كما لو
 وهبت ليلتها في الحَضَرِ . ولا يجوزُ بغيرِ رِضَى الزَّوْجِ ؛ لما ذَكَرْنَا في هِبَةِ اللَّيْلَةِ في الحَضَرِ .
 وإنَّ وهبته للزَّوْجِ ، أو للجميع ، جاز . وإنَّ امْتَنَعَتْ مِنَ السَّفَرِ معه ، سقطَ حقُّها إذا
 رَضِيَ الزَّوْجُ ، وإنَّ أبى ، فله إكراهها على السَّفَرِ معه ؛ لما ذَكَرْنَا . وإنَّ رَضِيَ بذلك ،
 اسْتَأْنَفَ القرعةَ بين البَواقي . / وإنَّ رَضِيَ الزَّوْجَاتُ كُلُّهُنَّ بِسَفَرٍ واحدةٍ معه مِنْ غيرِ
 قرعة ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لهنَّ ، إلَّا أن لا يَرْضَى الزَّوْجُ ، ويريدُ غيرَ مَنْ اتَّفَقْنَ عليها ،
 فيُصارُ إلى القرعة . ولا فَرْقَ في جميع ما ذَكَرْنَا بين السَّفَرِ الطَّوِيلِ والقَصِيرِ ؛ لعمومِ الخبرِ
 والمعنى . وذكرَ القاضي احتمالاً ثانياً ، أنَّه يَقْضَى للبَواقي في السَّفَرِ القَصِيرِ ؛ لأنَّه في حُكْمِ
 الإقامة ، وهو وَجْهٌ لأصحابِ الشَّافعيِّ . ولنا ، أنَّه سافرَ بها بقرعة ، فلم يَقْضَ
 كالطَّوِيلِ ، ولو كان في حُكْمِ الإقامة لم يَجْزِ المُسافرةُ بإحداهُنَّ دُونَ الأُخْرَى ، كما لا يجوزُ
 إفرادُ إحداهُنَّ بالقَسَمِ دُونَ الأُخْرَى . ومتى سافرَ بإحداهُنَّ بقرعة ، ثمَّ بَدَأَ له فابْعَدَ
 السَّفَرَ ، نحو أن يُسافرَ إلى بيتِ المقدسِ ، ثمَّ يَبْدُو له فيَمْضِي إلى مصرَ ، فله اسْتِصْحَابُها
 معه ؛ لأنَّه سَفَرٌ واحدٌ^(٥) قد أَقْرَعَ له . وإنَّ أقامَ في بلدةٍ مُدَّةَ إِحْدَى عَشْرِينَ صَلَاةً فما
 دُونَ ، لم يُحْتَسَبْ عليه بها ؛ لأنَّه في حُكْمِ السَّفَرِ ، تُجْرَى عليه أَحْكامُهُ . وإنَّ زادَ على
 ذلك ، قَضَى الجميعَ ممَّا أقامَهُ ؛ لأنَّه خَرَجَ عن حُكْمِ السَّفَرِ . وإنَّ أَرَمَعَ على المُقامِ
 قَضَى ما أقامَهُ ، وإنَّ قَلَّ ؛ لأنَّه خَرَجَ عن حُكْمِ السَّفَرِ . ثمَّ إذا خَرَجَ بعد ذلك إلى بَلَدِهِ ،
 أو بَلَدٍ أُخْرَى ، لم يَقْضَ ما سافَرَهُ ؛ لأنَّه في حُكْمِ السَّفَرِ الواحدِ ، وقد أَقْرَعَ له .

فصل : وإذا أَرَادَ الاِئْتِقَالَ بنسائه إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فَأَمَكَّنَهُ اسْتِصْحَابُهُنَّ كُلُّهُنَّ في
 سَفَرِهِ فَعَلَّ ، ولم يَكُنْ له إِفْرَادُ إحداهُنَّ به ؛ لأنَّ هذا السَّفَرَ لا يَخْتَصُّ بِواحدةٍ ، بل يَخْتاجُ
 إلى نَقْلِ جميعِهِنَّ ، فإنَّ خَصَّ إِحداهُنَّ ، قَضَى للباقياتِ كالحاضرِ ، فإنَّ لم يُمَكِّنْهُ صُحْبَةً

(٥) في ا ، ب ، م : « واحدة » .

جميعهن ، أو شق عليه ذلك ، وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم لهن ، جاز ، ولا يقضى لأحد ، ولا يحتاج إلى قرعة ؛ لأنه سوى بينهما . وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه ، لم يجز إلا بقرعة . فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل إليه ، فأقامت معه فيه ، قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة ؛ لأنه صار مقيماً ، وانقطع حكم السفر عنه .

فصل : إذا كانت له امرأة ، فتزوج أخرى ، وأراد السفر بهما جميعاً ، قسم للجديدة سبعا إن كانت بكرًا ، وثلاثاً إن كانت ثيبًا ، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة . وإن أراد السفر بإحدهما ، أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة ، سافر بها معه ، ودخل حق العقد في قسم السفر ؛ لأنه نوع قسم . / وإن وقعت القرعة للأخرى ، سافر بها ، فإذا^(٦) حضر ، قضى للجديدة حق العقد ؛ لأنه سافر بعد وجوبه عليه . وإن تزوج اثنتين ، وعزم على السفر ، أقرع بينهما ، فسافر بالتي تخرج لها القرعة ، ويدخل حق العقد في قسم السفر ، فإذا قدم ، قضى للثانية حق العقد ، في أحد الوجهين ؛ لأنه حق وجب لها قبل سفره ، لم يؤده إليها ، فلزمه قضاؤه ، كما لو لم يسافر بالأخرى معه . والثاني ، لا يقضيه ؛ لئلا يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها ؛ لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها ، مثل ما يحصل في الحضر ، فيكون ميلاً ، فيتعذر قضاؤه . فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الأولى ، أتمه في الحضر ، وقضى للحاضرة مثله ، وجهها واحداً ، وفيما زاد الوجهان . ويحتمل في المسألة الأولى وجهها ثالثاً ، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما ، ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها ، كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد . وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

١٢٢٩ - مسألة ؛ قال : (وإذا أغرس عند بكر ، أقام عندها سبعا ، ثم دار ،

(٦) في ١ ، ب ، م ، : « فإن » .

وَلَا يَخْتَسِبُ عَلَيْهَا بِمَا أَقَامَ عِنْدَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيًّا ، أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ دَارَ ،
وَلَا يَخْتَسِبُ عَلَيْهَا أَيْضًا بِمَا أَقَامَ عِنْدَهَا (

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة ، قطع الدور ، وأقام عندها سبعة إن كانت
بكرًا ، ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيًّا أقام عندها ثلاثًا ، ولا يقضيها ، إلا أن تشاء
هي أن يُقيم عندها سبعة ، فإنه يُقيمها عندها ، ويقضي الجميع للباقيات . روى ذلك
عن أنس . وبه قال الشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ،
وابن المنذر . وروى عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وخلاس بن عمرو ، ونافع مولى
ابن عمر : للبكر ثلاث وللثيب ليلتان . ونحوه قال الأوزاعي . وقال الحكم ، وحَمَّادُ ،
وأصحاب الرأي : لا فضل للجديدة في القسم ، فإن أقام عندها شيئًا قضاءً للباقيات ؛
لأنه فضلها بمدة ، فوجب قضاؤها ، كما لو أقام عند الثيب سبعة . ولنا ، ما روى أبو
قَلَابَةَ ، عن أنس ، قال : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب ، أقام عندها سبعة
وقسم^(١) ، وإذا تزوج الثيب ، أقام عندها ثلاثًا ، ثم قسم . قال أبو قَلَابَةَ : لو شئت
لقلت : إن أنسأرفعه إلى النبي ﷺ . / مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وعن أم سلمة ، أن رسول الله ﷺ
لما تزوج أم سلمة ، أقام عندها ثلاثًا ، وقال : « لَيْسَ بِكَ عَلَى أَهْلِكَ هَوَانٌ ، إِنْ شِئْتَ

١٥٩/٧

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب إذا تزوج البكر على الثيب ، وباب إذا تزوج الثيب على البكر ، من كتاب النكاح .
صحيح البخاري ٧ / ٤٣ . ومسلم ، في : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ،
من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٠ . والترمذي ،
في : باب ما جاء في القسمة للبكر والثيب ، من كتاب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٧٧ ، ٧٨ . وابن ماجه ،
في : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ . والدارمي ، في : باب الإقامة
عند الثيب والبكر إذا بنى بها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٤ . والإمام مالك ، في : باب المقام عند
البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٠ .

سَبَّعْتُ لَكَ ، وَإِنْ سَبَّعْتُ لَكَ سَبَّعْتُ لِنِسَائِي » . رواه مسلم^(٣) . وفي لفظ^(٤) : « وَإِنْ شِئْتُ ثَلَاثُ ثُمَّ دُرْتُ » . وفي لفظ^(٥) : « وَإِنْ شِئْتُ زِدْتُكَ ، ثُمَّ حَاسَبْتُكَ بِهِ ، لِلْبِكْرِ سَبْعٌ ، وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ » . وفي لفظ رواه الدارقطني^(٦) : « إِنْ شِئْتُ أَقَمْتُ عِنْدَكَ ثَلَاثًا نَحَالِصَةً لَكَ ، وَإِنْ شِئْتُ سَبَّعْتُ لَكَ ، ثُمَّ سَبَّعْتُ لِنِسَائِي » . وهذا يمنع قياسهم . ويُقدَّم عليه . قال ابنُ عبد البر : الأحاديثُ المرفوعةُ في هذا البابِ على ما قلناه ، وليس مع مَنْ خالفنا حديثَ مرفوعٍ ، والحُجَّةُ مع من أدلى^(٧) بالسَّنة^(٨) .

فصل : والأمةُ والحرَّةُ في هذا سواءٌ . ولأصحابِ الشافعي^(٩) في هذا^(١٠) ثلاثة أوجهٌ ؛ أحدها ، كقولنا . والثاني ، الأمةُ على^(١١) التَّصْنِيفِ من^(١٢) الحرَّةِ ، كسائرِ القسَمِ . والثالثُ ، للبكرِ من الإمامِ أربعٌ ، وللثَّيْبِ ليلتانِ ، تكميلاً لبعضِ اللَّيْلَةِ . ولنا ، عمومُ قوله عليه السلام : « لِلْبِكْرِ سَبْعٌ ، وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ » . ولأنَّه يُرادُ للأُنثى وإزالةُ الاختِشَامِ ، والأمةُ والحرَّةُ سواءٌ في الحاجةِ إليه ، فاستويا فيه ، كالنَّفَقَةِ .

فصل : يُكرهُ أنْ يُزَفَّ إليه امرأتانِ في ليلةٍ واحدةٍ ، أو في مدَّةٍ حَقَّ عَقْدُ إحداهما ؛

(٣) في : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٣ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٠ . وابن ماجه ، في : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ . والدارمي ، في : باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بهما ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٤ . والإمام مالك ، في : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٢٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٢٩٢ ، ٢٩٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٤) عند مسلم ومالك .

(٥) عند مسلم .

(٦) في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٨٤ .

(٧) في الأصل : « أولى » . وسقط من : ١ .

(٨) في ب ، م : « بالنسبة » . وسقط من : ١ .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١٠-١٠) في ب ، م : « الصنف » .

لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستضر التي لا يوفيهما حقها^(١١) وتستوحش . فإن فعل ، فأدخلت إحداهما قبل الأخرى ، بدأ بها ، فوفأها حقها ، ثم عاد فوفى الثانية ، ثم ابتداء القسم . وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق^(١٢) العقد ، أتمه للأولى ، ثم قضى حق الثانية . وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد ، أقرع بينهما ، وقدم من خرجت لها القرعة منهما ، ثم وفى الأخرى بعدها .

فصل : وإذا كانت عنده امرأتان ، فبات عند إحداهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية ، قدم المزفوفة بلياليها ؛ لأن حقها أكد ، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الثانية ثبت بفعله ، فإذا قضى حق الجديدة ، بدأ بالثانية ، فوفأها ليلتها ، ثم يبيت عند الجديدة ، ثم يتدئ القسم . وذكر القاضي أنه إذا وفى الثانية ليلتها ، بات عند الجديدة نصف ليلة ، ثم يتدئ القسم ؛ لأن الليلة التي يوفيهما للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة / بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرئها^(١٣) ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة ، وفيه حرج ؛ فإنه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة ، أو المجيء منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها^(١٤) بدون هذا الحرج ، فيكون أولى ، إن شاء الله .

فصل : وحكم السبعة والثلاثة^(١٥) التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم ، في أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه ، وقضاء حقوق الناس . وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً ؛ لشغل ، أو حبس ، أو ترك ذلك لغير^(١٦) عذر ، قضاها لها ، وله الخروج

(١١) في الأصل : « بحقها » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « ضرئها » .

(١٤) في الأصل : « لحقها » .

(١٥) في ١ : « واللييلة » .

(١٦) في الأصل : « بغير » .

لصلاة الجماعة ؛ فإن النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ، ويخرج لما لا بد له منه ؛
فإن أطل قضاؤه ، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه .

١٢٣٠ - مسألة ؛ قال : (وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشورها وعظها ، فإن
أظهرت نشورها هجرها ، فإن أزدعها ، وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً)

معنى النشور معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته ، مأخوذ من النشز ، وهو
الارتفاع ، فكأنها ارتفعت وتعالَتْ عما فرض^(١) الله عليها من طاعته ، فمتى ظهرت
منها أمارات النشور ، مثل أن تتناقل وتُدافع إذا دعاها ، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمية ،
فإنه يعظها ، فيخوفها الله سبحانه ، ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما
يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية ، وما يسقط بذلك من حقوقها^(٢) ، من النفقة
والكسوة ، وما يباح له من ضربها وهجرها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ
نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾^(٣) . فإن أظهرت النشور ، وهو^(٤) أن تعصيه ، وتمتنع من
فراشه ، أو تخرج من منزله بغير إذنه ، فله أن يهجرها في المضجع ؛ لقول الله تعالى :
﴿ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾^(٥) . قال ابن عباس : لا تضاجعها في فراشك^(٥) .
فأما الهجران في الكلام ، فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ؛ لما روى أبو هريرة ، أن النبي
ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ »^(٦) . وظاهر كلام
الخرقي ، أنه ليس له ضربها في النشور في أول مرة . وقد روى عن أحمد : إذا عصت

(١) في ا ، ب ، م : « أوجب » .

(٢) في الأصل : « حقها » .

(٣) سورة النساء ٣٤ .

(٤) في ب ، م : « وهي » .

(٥) أخرجه ابن جرير ، في : تفسير سورة النساء ، آية ٣٤ . تفسير الطبري ٥ / ٦٣ ، ٦٤ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي ، من كتاب البر . صحيح مسلم

٤ / ١٩٨٤ . وأبو داود ، في : باب في من يهجر أخاه المسلم ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢ / ٥٧٧ .

المرأة زوجها ، فله ضربها ضرباً غير مُبرِّج . فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَضْرِبُوهُنَّ ﴾ . ولأنها صرحت بالمنع^(٧) فكان له ضربها ، كما لو أصرت ، ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه ، كالحدود ووجه قول الخرقى / أن^(٨) المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل ، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل ، كمن هجم منزله فأراد إخراجها . وأما قوله : ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾ . الآية ، ففيها إضمار تقديره واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن ، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع ، فإن أصرن فاضربوهن ، كما قال سبحانه : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾^(٩) . والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ؛ ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره . وللشافعي قولان كهذين فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر ، فله ضربها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَضْرِبُوهُنَّ ﴾ . وقال النبي ﷺ : « إِنْ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُنَّ ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِجٍ » . رواه مسلم^(١٠) . ومعنى « غير مُبرِّج » أى ليس بالشديد . قال الخلال : سألت أحمد بن يحيى ، عن قوله : « ضرباً غير مُبرِّج » قال : غير شديد . وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة ؛ لأن

(٧) في ب ، م : « المنع » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سورة المائدة ٣٣ .

(١٠) في : باب حجة النبي ﷺ ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٨٩٠ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود في : باب صفة حجة النبي ﷺ ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٤٢ / ١ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، من كتاب الرضاع . غارضة الأحوذى ١١١ / ٥ . وابن
ماجه ، في : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . وفي : باب حجة رسول الله ﷺ ، من كتاب المناسك .
سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٤ ، ٢ / ١٠٢٥ . والدارمي ، في : باب في سنة الحاج ، من كتاب المناسك . سنن الدارمي
٤٨ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٧٣ . وهو ضمن حديث جابر الطويل ، الذي تقدم تخريجه في :
١٥٦ / ٥ .

المقصود التأديب لا الإتلاف . وقد روى أبو داود^(١١) ، عن حكيم بن معاوية القشيري ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : « أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت ، ولا تقبح ، ولا تهجر إلا في البيت » . وروى عبد الله بن زمرة ، عن النبي ﷺ ، قال : « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ، ثم يضاجعها في آخر اليوم »^(١٢) . ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط ، إلا في حد من حدود الله » .^(١٣) متفق عليه^(١٤) .

فصل : وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل إسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه ، قال : على ترك^(١٥) فرائض الله . وقال في الرجل^(١٦) له امرأة لا تصلى : يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح . وقال علي ، رضي الله عنه ، في تفسير قوله

(١١) في : باب في حق المرأة على زوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٤ .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يكره من ضرب النساء ، وقوله : واضربوهن ضرباً غير مبرح ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٤٢ . ومسلم ، في : باب النار يدخلها الجبارون والجنة يدخلها الضعفاء ، من كتاب الجنة . صحيح مسلم ٤ / ٢١٩١ . والترمذي ، في : باب ومن سورة الشمس وضحاها ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ٢٤٤ . وابن ماجه ، في : باب ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٨ . والدارمي ، في : باب في النهي عن ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٧ .

(١٣-١٤) سقط من : الأصل . وأخرجه البخاري ، في : باب كم التعزير والأدب ، من كتاب المحاريب من أهل الكفر والردة . صحيح البخاري ٨ / ٢١٥ . ومسلم ، في : باب قدر أسواط التعزير ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٢ ، ١٣٣٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التعزير ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٧٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في التعزير ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ . وابن ماجه ، في : باب التعزير ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٧ . والدارمي ، في : باب التعزير في الذنوب ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٦ .

(١٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٥) في الأصل : رجل .

تعالى : ﴿ قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾ ^(١٦) . قال : عَلَّمُوهُمْ أَذْبُوهُمْ ^(١٧) . وَرَوَى أَبُو
 مُحَمَّدٍ الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « رَجِمَ اللَّهُ
 / امْرَأَةً ^(١٨) عُلِقَ فِي بَيْتِهِ سَوْطًا يُؤَدَّبُ أَهْلُهُ » ^(١٩) . فَإِنْ لَمْ تُصَلِّ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : أَخْشَى
 أَنْ لَا يَحِلَّ ^(٢٠) لِلرَّجُلِ أَنْ يُقِيمَ مَعَ امْرَأَةٍ لَا تُصَلِّي ، وَلَا تَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةٍ ، وَلَا تَتَعَلَّمُ
 الْقُرْآنَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الرَّجُلِ يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ : لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يَسْأَلَهُ وَلَا أَبُوهَا ، لَمْ
 ضَرْبُهَا ؟ ^(٢١) . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى الْأَشْعَثُ ، عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا أَشْعَثُ ،
 احْفَظْ عَنِّي شَيْئًا سَمِعْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَسْأَلَنَّ رَجُلًا فِيمَا ضَرَبَ
 امْرَأَتُهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢٢) . وَلَأنَّهُ قَدْ يَضْرِبُهَا لِأَجْلِ الْفِرَاشِ ، فَإِنْ أَخْبَرَ بِذَلِكَ
 اسْتَحْيَى ، وَإِنْ أَخْبَرَ بغيرِهِ كَذَبَ .

فصل : وَإِذَا خَافَتِ الْمَرْأَةُ نُشُوزَ زَوْجِهَا وَإِعْرَاضَهُ عَنْهَا ، لِرَغْبَتِهِ عَنْهَا ، إِمَّا الْمَرَضُ
 بِهَا ، أَوْ كِبَرٍ ، أَوْ دِمَامَةٍ ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ حَقُوقِهَا تَسْتَرْضِيهِ بِذَلِكَ ؛
 لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ
 عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَالِحَا ^(٢٣) بَيْنَهُمَا صَلَاحًا ﴾ ^(٢٤) . رَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٢٥) ، عَنْ عَائِشَةَ :
 ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَالِحَا ﴾ ^(٢٦)

(١٦) سورة التحريم ٦ .

(١٧) أخرجه ابن كثير ، في : تفسير سورة التحريم . تفسير ابن كثير ٨ / ١٩٤ .

(١٨) في ١ ، ب ، م : « عبدا » .

(١٩) أخرجه ابن عدي ، في : الكامل في ضعفاء الرجال ٤ / ١٦٤٢ .

(٢٠-٢١) في ب ، م : « لرجل » .

(٢١) في ب ، م : « ضربتها » .

(٢٢) في : باب في ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ضرب النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٩ .

(٢٣) في ب ، م : ﴿ يُصْلِحَا ﴾ . وهي قراءة عاصم وحمة والكسائي . وما في الأصل قراءة ابن كثير ونافع وابن

عامر وأبي عمرو . انظر : السبعة في القراءات ، لابن مجاهد ٢٣٨ . وهي موافقة لرواية البخاري .

(٢٤) سورة النساء ١٢٨ .

(٢٥) في : باب وإن خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٤٢ .

﴿ وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ ﴾^(٢٦) قالت : هى المرأة تكون عند الرجل ، لا يستكثر منها ، فيريد طلاقها ، ويتزوج عليها ، فتقول^(٢٧) له : أمسكنى ، ولا تطلقنى ، ثم تزوج غيرى ، فأنت فى حل من النفقة على ، والقسمة لى . وعن عائشة ، أن سودة بنت زمعة ، حين أسنت ، وفرقت أن يفارقها رسول الله ﷺ ، قالت : يا رسول الله ، يومى لعائشة . فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها . قالت : وفى ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفى أشباهها أراه قال : ﴿ وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ . رواه أبو داود^(٢٨) . ومتى صالحت على ترك شىء من قسمها أو نفقتها ، أو على ذلك كله ، جاز . فإن رجعت ، فلها ذلك . قال أحمد ، فى الرجل يغيب عن امرأته ، فيقول لها : إن رضيت على هذا ، وإلا فأنت أعلم . فتقول : قد رضيت . فهو جائز ، فإن شاءت رجعت .

١٢٣١ - مسألة ؛ قال : (وَالزَّوْجَانِ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا الْعَدَاوَةُ ، وَخَشِيَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُخْرِجَهُمَا ذَلِكَ إِلَى الْعَصْيَانِ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ، مَأْمُومَيْنِ ، بِرِضَى الزَّوْجَيْنِ ، وَتَوَكُّلِهِمَا ، بَأْنَ يَجْمَعَا إِذَا رَأَيَا أَوْ يَفْرَقَا ، فَمَا فَعَلَا مِنْ ذَلِكَ لَزَمَهُمَا)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق ، نظر الحاكم ، فإن بان له أنه من المرأة ، فهو نشور ، قدمضى / حكمه ، وإن بان أنه من الرجل ، أسكنهما إلى جانب^(١) ثقة ، يمنع من الإضرار بها ، والتعدى عليها . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد ، أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه ، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما

(٢٦-٢٦) لم يرد فى : ب ، م : ﴿ والصلى خير ﴾ . وهى فى رواية البخارى .

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « تقول » .

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٢ .

(١) فى الأصل : « جنب » .

وَيُلْزِمُهُمَا الْإِنْصَافَ ، فَإِنْ لَمْ يَتَّهَيَّا ذَلِكَ ، وَتَمَادَى الشَّرُّ بَيْنَهُمَا ، وَخِيفَ الشَّقَاقُ عَلَيْهِمَا وَالْعِصْيَانُ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ، فَنَظَرَ بَيْنَهُمَا ، وَفَعَلَا مَا يَرِيَانِ الْمَصْلَحَةَ فِيهِ ، مِنْ جَمْعٍ أَوْ تَفْرِيقٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ (٢) . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي الْحَكَمَيْنِ ، فَقَالَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ : أَنَّهُمَا وَكِيلَانِ لَهَا ، لَا يَمْلِكَانِ التَّفْرِيقَ (٣) إِلَّا بِإِذْنِهِمَا . وَهَذَا مَذْهَبُ عَطَاءٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ حَقُّهُ ، وَالْمَالُ حَقُّهَا ، وَهُمَا رَشِيدَانِ ، فَلَا يَجُوزُ لغيرِهِمَا التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِوَكَالَةٍ مِنْهُمَا ، أَوْ وَلَايَةٍ عَلَيْهِمَا . وَالثَّانِيَةُ ، أَنََّّهُمَا حَاكِمَانِ ، وَلَهُمَا أَنْ يَفْعَلَا مَا يَرِيَانِ مِنْ جَمْعٍ وَتَفْرِيقٍ ، بِعَوَضٍ وَغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا يَحْتَاجَانِ إِلَى تَوْكِيلِ الزَّوْجَيْنِ وَلَا رِضَاهُمَا . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنَ الْمُنْذِرِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ . فَسَمَّاهُمَا حَكَمَيْنِ ، وَلَمْ يَتَّخِذْ رِضَى الزَّوْجَيْنِ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا ﴾ . فَخَاطَبَ الْحَكَمَيْنِ بِذَلِكَ . وَرَوَى أَبُو بَكْرٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ ، أَنَّ رَجُلًا وَامْرَأَةً أَتَيَا عَلِيًّا ، مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِقَامٌ (٤) مِنَ النَّاسِ ، فَقَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ، فَبَعَثُوا حَكَمَيْنِ ، ثُمَّ قَالَ عَلِيٌّ لِلْحَكَمَيْنِ : هَلْ تَذَرِيَانِ مَا عَلَيْكُمَا مِنَ الْحَقِّ (٥) ؟ إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمْعَتُمَا ، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا فَرَّقَتُمَا . فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ : رَضِيتُ بِكِتَابِ اللَّهِ عَلَيَّ وَلِي . فَقَالَ الرَّجُلُ : أُمَّا الْفُرْقَةُ فَلَا . فَقَالَ عَلِيٌّ : كَذَبْتَ حَتَّى تُرْضَى بِمَا رَضِيتُ بِهِ (٦) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَجْبَرَهُ

(٢) سورة النساء ٣٥ .

(٣) في ب ، م زيادة : « لهما » .

(٤) فقام من الناس : جماعة منهم .

(٥) في ب ، م زيادة : « عليكم من الحق » .

(٦) أخرجه الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٩٥ . وعبد الرزاق ، في : باب =

على ذلك ، و يروى أن عَقِيلًا تزَوَّجَ فاطمةَ بنتَ عُثْبَةَ ، فتخاصَما ، فجمَعَتْ ثيَابَها ، ومضَتْ إلى عثمانَ ، فبعثَ حَكَمًا من أهله عبدَ الله بنِ عَبَّاسٍ ، وحَكَمًا / من أهلها معاويةَ ، فقال ابنُ عَبَّاسٍ : لأفرقَنَّ بينهما . وقال معاويةُ : ما كنتُ لأفرقُ بين شخصَينِ^(٧) من بنى عبدِ منَافٍ . فلما بلغا البابَ كانا قد أغلَقَا^(٨) البابَ واصْطَلَحَا^(٩) . ولا يمتنعُ أن تُثبتَ الولايةُ على الرُّشيدِ عندَ امتناعِهِ من أداءِ الحقِّ ، كما يُقضى الدَّينُ عنه من ماله إذا امتنعَ ، ويُطلَقُ الحاكمُ على المولى إذا امتنعَ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ الحكمين لا يكونانِ إلَّا عاقلَينِ بالغَينِ عذَليَّينِ مُسلمَينِ ؛ لأنَّ هذه من شروطِ العدالةِ ، سواءَ قلنا : هما حاكمانِ أو وكيلانِ ؛ لأنَّ الوكيلَ إذا كان مُتعلِّقًا بنظرِ الحاكمِ ، لم يجز أن يكونَ إلَّا عَدْلًا ، كما لو نُصِبَ وكيلًا لصبيٍّ أو مُفلسٍ ، ويكونانِ ذَكَرَينِ ؛ لأنَّه يفتَقِرُ^(١٠) إلى الرأى والنَّظرِ . قال القاضي : ويُسْتَرطُ كونُهُما حُرَّينِ . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّ العبدَ عنده لا تُقبَلُ شهادتُهُ ، فتكونُ الحُرِّيَّةُ من شروطِ العدالةِ . والأوَّلَى^(١١) أن يُقالَ^(١٢) : إنَّ كانا وكيلَينِ ، لم تُعتَبَرِ الحُرِّيَّةُ ؛ لأنَّ توكيلَ العبدِ جائزٌ ، وإنَّ كانا حَكَمَينِ ، اعتَبِرَتِ الحُرِّيَّةُ ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يجوزُ أن يكونَ عبدًا . ويُعتَبَرُ أن يكونا عالِمَينِ بالجمْعِ والتَّفريقِ ؛ لأنَّهما يتصرَّفانِ في ذلك ، فيُعتَبَرُ عِلْمُهُما به . والأوَّلَى أن يكونا من أهلِهما ؛ لأمرِ الله تعالى بذلك ، ولأنَّهما أشفقُ وأعلمُ بالحالِ ، فإنَّ كانا من غيرِ أهلِهما جازَ ؛ لأنَّ القرابةَ

= الحكمين ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥١٢ . والطبرى ، فى : تفسير الآية ٣٥ ، من سورة النساء .

تفسير الطبرى ٥ / ٧١ . وابن كثير فى تفسير الآية نفسها . تفسير ابن كثير ٢ / ٢٦٠ .

(٧) فى ١ ، ب ، م : « شيخين » .

(٨) فى ١ ، ب ، م : « غلقا » .

(٩) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الحكمين ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥١٣ . والطبرى ، فى : تفسير

سورة النساء الآية ٣٥ . تفسير الطبرى ٥ / ٧٤ ، ٧٥ . وابن كثير فى تفسير الآية نفسها . تفسير ابن كثير

٢ / ٢٥٩ .

(١٠) فى ب ، م : « مفتقر » .

(١١-١٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة ، فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً ، فإن قلنا : هما وكيلان . فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح ، وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه ، فإن امتنعا من التوكيل ، لم يجبرا . وإن قلنا : إنهما حَكَمَانِ . فإِنَّهُمَا يُمَضِيَانِ مَا يَرَيَانِهِ مِنْ طَلَاقٍ وَخُلْعٍ ، فَيَنْفُذُ ذَلِكَ عَلَيْهِمَا ، رَضِيَاهُ أَوْ أَبْيَاهُ .

فصل : فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين^(١٢) ، جاز للحكَمَيْنِ إمضاء رأييهما إن قلنا : إنهما وكيلان . لأن الوكالة لا تبطل بالغيب ، وإن قلنا : إنهما حاكمان . لم يجز لهما إمضاء الحكم ؛ لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه ، والقضاء للغائب لا يجوز ، إلا أن يكونا قد وكلاهما ، فيفعلان ذلك بحكم التوكيل ، لا بالحكم . وإن كان أحدهما قد وكل ، جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته . وإن جن أحدهما ، بطل حكم وكيله ؛ / لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل . وإن كان حاكماً ، لم يجز له الحكم ؛ لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق ، وحضور المتداعيين ، ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

فصل : فإن شرط الحكمين شرطاً لو^(١٣) شرطه الزوجان لم يلزم ، مثل أن يشترطاً^(١٤) ترك بعض النفقة والقسيم ، لم يلزم الوفاء به ؛ لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين ، فبرضى الوكيلين أولى . وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها ، لم يبرأ الزوج^(١٥) إلا في الخلع . وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له ، أو من الرجل ، لم يبرأ الزوجة ؛ لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح ، لا في إسقاط الحقوق .

(١٢) في ١ : « الحكمين » .

(١٣) في الأصل ، ب ، م ، « أو » .

(١٤) في ب ، م : « يشترط » .

(١٥) في ١ ، ب ، م : « للزوج » .

١٢٣٢ - مسألة^(١) ؛ قال : (وَالْمَرْأَةُ إِذَا كَانَتْ مُبْغِضَةً لِلرَّجُلِ ، وَتَكَرَّرَ أَنْ تَمْنَعَهُ مَا تَكُونُ عَاصِيَةً بِمَنْعِهِ فَلَا بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ)

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها ، لحلقه ، أو خلقه ، أو دينه ، أو كبره ، أو ضعفه ، أو نحو ذلك ، وخشيت أن لا تؤدّي حقّ الله تعالى في طاعته ، جاز لها أن تخلّعه بعوض^(٢) تفتدي به نفسها منه ؛ لقول الله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(٣) . وروى أن رسول الله ﷺ ، خرج إلى الصبح ، فوجد حبيبة بنت سهل عند باب في الغلس ، فقال رسول الله ﷺ : « مَا شَأْنُكِ ؟ » . قالت : لا أنا ولا ثابت . لزوجها ، فلما جاء ثابت ، قال له رسول الله ﷺ : « هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ ، فَذَكَرْتُ^(٤) مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ » . وقالت حبيبة : يا رسول الله ، كل ما أعطاني عندي . فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس : « تُحْذِ مِنْهَا » . فأخذ منها ، وجلس في أهلها . وهذا حديث صحيح ، ثابت الإسناد ، رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما^(٥) ، وفي رواية البخاري ، قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، ما أقيم على ثابت في دين ولا خلق ، إلا أنني أخاف الكفر . فقال رسول الله ﷺ : « أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حِدِيقَتَهُ ؟ » قالت : نعم . فردّتها^(٦)

(١) قبل هذه المسألة ورد في ب ، م ، عنوان : « كتاب الخلع » . وسبق في صفحة ٢٢٠ . عنوان : « كتاب عشرة النساء والخلع » .

(٢) في ١ : « على عوض » .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) في ب ، م : « قد ذكرت » .

(٥) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخلع ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٣ . والبخاري ، في : باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧ / ٦٠ . وأبو داود ، في : باب في الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٦ . والنسائي ، في : باب ما جاء في الخلع ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٨ ، ١٣٩ . وابن ماجه ، في : باب المختلعة تأخذ ما أعطها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٣ . والدارمي ، في : باب في الخلع ، سنن الدارمي ٢ / ١٦٣ .

(٦) في الأصل ، ١ : « فردت » .

عليه ، وأمره ففارقها . وفي رواية ، فقال له : « أَقْبِلِ الْحَدِيثَةَ ، وَطَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً » . وبهذا
 ١٦٢/٧ ظ قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام . قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحدا خالفه / ، إلا بكر
 ابن عبد الله المزني ؛ فإنه لم يجزه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ
 أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾ ^(٧) . الآية . وروى عن ابن سيرين ، وأبي قلابة ، أنه
 لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْضَلُوهُمْ لَتَذْهَبُوا
 بَعْضُ مَا عَاتَيْتُمُوهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ ^(٨) . ولنا ، الآية التي تلونها ،
 والخبر ، وأنه قول عمر وعثمان وعلي ^(٩) وغيرهم من الصحابة ، لم نعرف لهم في عصرهم
 مخالفا ، فيكون إجماعا ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعدد الجمع ، وأن الآية
 النسخة متأخرة ، ولم يثبت شيء من ذلك . إذا ثبت هذا ، فإن هذا يسمى خلعا ؛
 لأن ^(١٠) المرأة تنخلع من لباس زوجها . قال الله تعالى : ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ
 لَهُنَّ ﴾ ^(١١) . ويسمى افتداء ؛ لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله . قال الله تعالى : ﴿ فَلَا
 جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ .

**فصل : ولا يفتقر الخلع إلى حاكم . نص عليه أحمد ، فقال : يجوز الخلع دون
 السلطان .** وروى البخاري ^(١٢) ذلك عن عمر ، وعثمان ، رضي الله عنهما . وبه قال
 شريح ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأهل الرأي . وعن الحسن ،
 وابن سيرين : لا يجوز إلا عند السلطان . ولنا ، قول عمر وعثمان ، ولأنه معاوضة ، فلم

(٧) سورة النساء ٢٠ .

(٨) سورة النساء ١٩ .

(٩) أخرج عبد الرزاق قول عمر وعثمان ، في : باب الخلع دون السلطان ، من كتاب الطلاق وقول علي ، في : باب ما
 يحل من الفداء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٧ .

كما أخرج ابن أبي شيبة قول عمر وعثمان ، في : باب ما قالوا في الخلع يكون دون السلطان ، من كتاب الطلاق .
 المصنف ٥ / ١١٦ .

(١٠) في الأصل : « فإن » .

(١١) سورة البقرة ١٨٧ .

(١٢) في : باب الخلع ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧ / ٦٠ .

يَفْتَقِرُ إِلَى السُّلْطَانِ ، كَالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ ، وَلَأنَّهُ قَطَعَ عَقْدَ الْتَرَاضِيِّ ، أَشْبَهَ الْإِقَالََةَ .

فصل : ولا بأسَ بالخُلْعِ في الحَيْضِ والطَّهْرِ الذي أصابها فيه ؛ لأنَّ المَنَعَ من الطَّلَاقِ في الحَيْضِ من أَجلِ الضَّرَرِ الذي يلحقُها بطُولِ الْعِدَّةِ ، والخُلْعُ لإزالةِ الضَّرَرِ الذي يلحقُها بسوءِ الْعِشْرَةِ والمُقَامِ مع مَنْ تَكَرَّهَهُ وتُبَغِّضُهُ ، وذلكَ أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ طُولِ الْعِدَّةِ ، فَجَازَ دَفْعُ أَغْلَاهُمَا بِأَذْنَاهُمَا ، ولذلكَ لم يَسْأَلِ النَّبِيُّ ﷺ الْمُخْتَلِعَةَ عَنْ حَالِهَا ، وَلأنَّ ضَرَرَ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، والخُلْعُ يَحْصُلُ بِسُؤَالِهَا ، فيكونُ ذلكَ رِضَاءً مِنْهَا بِهِ ، ودليلاً على رُجْحَانِ مَصْلَحَتِهَا فِيهِ .

١٢٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا)

هذا القول يدلُّ على صِحَّةِ الخُلْعِ بِأَكْثَرِ مِنَ الصَّدَاقِ ، وأنَّهما إذا تَرَاضَيَا على الخُلْعِ / ١٦٣/٧ و
بشئٍ صحَّ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذلكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعِكْرِمَةَ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَقَبِيصَةَ بْنِ ذُوَيْبٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَيُرْوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهما قالا : لو اخْتَلَعَتِ امْرَأَةٌ مِنْ زَوْجِهَا بِمِيرَاثِهَا ، وَعِقَاصِ رَأْسِهَا ، كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ : لَا يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ^(١) بِإِسْنَادٍ مَنْقُطٍ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ : فَإِنْ فَعَلَ رَدُّ الزِّيَادَةِ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَالَ : مَا أَرَى أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ مَالِهَا ، وَلَكِنْ لِيَدْعَ لَهَا شَيْئًا . وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ سُلُولٍ ، أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَتْ : وَاللَّهِ مَا أَعْيَبُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ وَلَا خُلُقٍ ، وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ ، لَا أُطِيقُهُ بُغْضًا . فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ : « أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ ؟ » قَالَتْ : نَعَمْ . فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا حَدِيثَهُ ، وَلَا يَزَادَ . رَوَاهُ ابْنُ

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاه ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٢٣ . وعبد الرزاق ، في : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الخلع ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٣٥ .

ماجه^(٢) . ولأنه بدّل في مُقابِلِه فسُخ ، فلم يَزِدْ على قدرِه في ابتداءِ العَقْد ، كالعَوَضِ في الإقالة . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(٣) . ولأنه قولٌ من سَمِينَا مِنَ الصُّحَابَةِ ، قالت الرُّبَيْعُ بنتُ مُعَوِّذٍ : اختلعتُ من زَوْجِي بما دونَ عِقَاصِ رَأْسِي ، فأجازَ ذلكَ عثمانُ بنُ عفَّانَ ، رَضِيَ اللهُ عنه^(٤) . ومثلُ هذا يَشْتَهَرُ ، فلم يُنكَرْ ، فيكونُ إجماعًا ، ولم يَصِحَّ عن عليٍّ خلافه . فإذا ثبتَ هذا ، فإنَّه لا يُسْتَحَبُّ له أن يأخذَ أكثرَ ممَّا أعطاهَا . وبذلك قال سَعِيدُ بنُ الْمَسَيِّبِ ، والحسنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وإِسْحَاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . فإنْ فَعَلَ جازَ مع الكَراهِيَةِ^(٥) ، ولم يَكْرَهُه أبو حنيفةٌ ، ومالكٌ ، والشَّافِعِيُّ . قال مالكٌ : لم أزلُ أسمعُ إجازةَ الفِداءِ بأكثرَ مِنَ الصَّدَاقِ . ولنا ، حديثٌ جَمِيلَةٌ . ورَوَى عن عَطَاءٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُخْتَلَعَةِ أَكْثَرَ ممَّا أعطاهَا . رواه أبو حفصٍ بإسنادِهِ^(٦) . وهو صَرِيحٌ في الحُكْمِ ، فَتَجْمَعُ بين الآيَةِ والخبرِ ، فنقول : الآيَةُ دالَّةٌ على الجَوَازِ ، والنَّهْيُ عن الزِّيَادَةِ لِلْكَراهِيَةِ^(٧) . والله أعلمُ .

١٦٣/٧ ظ ١٢٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَتْهُ / لِغَيْرِ مَا ذَكَرْنَا ، كُرِهَ لَهَا ذَلِكَ ، وَوَقَعَ الْخُلْعُ)

في بعضِ النُّسخِ « بِغَيْرِ مَا ذَكَرْنَا » بالباءِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِأَكْثَرَ مِنْ صَدَاقِهَا . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ إِذَا خَالَعَتْهُ لِغَيْرِ بُغْضٍ ، وَخَشْيَةٍ مِنْ أَنْ لَا تَقِيمَ^(١) حُدُودَ اللَّهِ ، لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْأَوَّلَ لَقَالَ : كُرِهَ لَهُ . فَلَمَّا قَالَ : كُرِهَ لَهَا . دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مُخَالَعَتَهَا^(٢) ، وَالْحَالُ عَامِرَةٌ ، وَالْأَخْلَاقُ مُلْتَمِئَةٌ ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لَهَا ذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَتْ

(٢) في : باب المختلعة تأخذ ما أعطاهَا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب الوجه الذي تحمل به الفدية ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣١٥ . وعبد الرزاق ، في : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٤ .

(٥) في ١ ، ب ، م : « الكراهة » .

(٦) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب المفتدية بزيادة على صداقها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٥٠٢ .

(٧) في الأصل ، ب ، م : « للكراهة » .

(١) في ١ : « تقيم » .

(٢) سقط من : الأصل .

صَحَّ الْخُلْعُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ أَحْمَدَ تَحْرِيمَهُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : الْخُلْعُ مِثْلُ حَدِيثِ
سَهْلَةَ ، تَكَرَّرَ الرَّجُلُ فَتُعْطِيهِ الْمَهْرَ ، فَهَذَا الْخُلْعُ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى ^(٣) أَنَّهُ لَا يَكُونُ الْخُلْعُ
صَحِيحًا إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَدَاوُدَ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَرُوِيَ
مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَكَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَلَا يَحِلُّ
لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ ^(٤) . وَهَذَا صَرِيحٌ
فِي التَّحْرِيمِ إِذَا لَمْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ، ثُمَّ قَالَ ^(٥) : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . فَدَلَّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ الْجُنَاحَ لَا حَقَّ بِهِمَا إِذَا افْتَدَتْ
مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ ، ثُمَّ غَلَّظَ بِالْوَعِيدِ فَقَالَ : ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ
اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ ^(٦) . وَرَوَى ثَوْبَانُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا
امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ ، مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ » . رَوَاهُ أَبُو
دَاوُدَ ^(٧) . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « الْمُخْتَلَعَاتُ وَالْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ
الْمُتَافِقَاتُ » رَوَاهُ أَبُو حَفْصٍ ، وَرَوَاهُ أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْنَدِ » ^(٨) ، وَذَكَرَهُ مُحْتَجًّا بِهِ ،
وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِ الْمُخَالَعَةِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ ، وَلِأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِهَا وَبِزَوْجِهَا ، وَإِزَالَةٌ لِمَصَالِحِ
النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فَحُرِّمَ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ^(٩) . وَاحْتِجَّ مَنْ

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤-٤) سقط من : ب ، م .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) في : باب في الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٦ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في المختلعات ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذی ٥ / ١٦٢ ،
١٦٣ . وابن ماجه ، في : باب كراهية الخلع للمرأة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٢ . والدارمی ،
في : باب النهی عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمی ٢ / ١٦٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ٥ / ٢٨٣ .

(٧) في : ٢ / ٤١٤ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في المختلعات ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذی ٥ / ١٦٢ .
والنسائی ، في : باب ما جاء في الخلع ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٨ .

(٨) في ١ : « إضرار » . وتقدم تخريجها في : ٤ / ١٤٠ .

أَجَاذَهُ بِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ^(٩) .
 ١٦٤/٧ قال ابنُ المُنْذِرِ : لَا يَلْزَمُ مِنَ الْجَوَازِ فِي غَيْرِ عَقْدٍ ، الْجَوَازُ فِي الْمُعَاوَضَةِ ؛ / بِدَلِيلِ الرَّبِّ ،
 حَرَمَهُ اللَّهُ فِي الْعَقْدِ ، وَأَجَاذَهُ ^(١٠) فِي الْهَبَةِ . وَالْحُجَّةُ مَعَ مَنْ حَرَّمَهُ ، وَخُصُوصُ الْآيَةِ فِي
 التَّحْرِيمِ ، يَجِبُ تَقْدِيمُهُ ^(١١) عَلَى عُمُومِ آيَةِ الْجَوَازِ ، مَعَ مَا عَضَدَهَا مِنَ الْأَخْبَارِ . وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ عَضَلَ زَوْجَتَهُ ، وَضَارَّهَا بِالضَّرْبِ وَالتَّضْيِيقِ عَلَيْهَا ، أَوْ مَنَعَهَا
 حُقُوقَهَا ؛ مِنَ النِّفْقَةِ ، وَالْقَسَمِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، لَتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ ^(١٢) ، فَفَعَلْتُ ،
 فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ ، وَالْعِوَضُ مُرَدُّ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ،
 وَالشَّعْبِيِّ ، وَالتَّحْمِيّ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَعُرْوَةَ ، وَعَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، وَحُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ
 الرَّحْمَنِ ، وَالزُّهْرِيُّ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ
 أَبُو حَنِيفَةَ : الْعَقْدُ صَحِيحٌ ، وَالْعِوَضُ لَازِمٌ ، وَهُوَ آثَمٌ عَاصِرٌ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ .
 وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لَتَذهَبُوا بِبَعْضِ
 مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ ^(١٣) . وَلَئِنَّهُ عِوَضٌ أَكْرَهَتْ ^(١٤) عَلَى بَذْلِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَلَمْ يُسْتَحَقَّ ،
 كَالثَّمَنِ ^(١٥) فِي الْبَيْعِ ، وَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . وَإِذَا لَمْ يَمْلِكِ الْعِوَضَ ، وَقُلْنَا : الْخُلْعُ
 طَلَاقٌ . وَقَعَ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ رَجْعَتُهَا ؛ لِأَنَّ الرُّجْعَةَ
 إِنَّمَا سَقَطَتْ بِالْعِوَضِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْعِوَضُ ، ثَبَتَتِ الرُّجْعَةُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ فُسْخٌ . وَلَمْ

(٩) سورة النساء ٤ .

(١٠) في ب ، م : « وَأَبَاحَهُ » .

(١١) في أ : « تَقْدِيمُهَا » .

(١٢) سقط من : الْأَصْلُ .

(١٣) سورة النساء ١٩ .

(١٤) في ب ، م : « أَكْرَهَتْ » .

(١٥) في الْأَصْلُ : « كَالْبَيْعِ » .

يَنُوبُهُ الطَّلَاقُ ، لم يَقَعْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ بغيرِ عَوَضٍ لا يَقَعُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِطَيْنِ ، وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، إِنَّمَا رَضِيَ بِالْفَسْخِ هُنَا بِالْعَوَضِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعَوَضُ ، لَا يَحْصُلُ الْمُعَوَّضُ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، رَدَّهُ ، وَمَضَى الْخُلْعُ عَلَيْهِ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ إِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ الْخُلْعُ بغيرِ عَوَضٍ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ ضَرَبَهَا عَلَى نُسُوزِهَا ، وَمَنَعَهَا حَقَّهَا ، لَمْ يَحْرُمْ خُلْعُهَا لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُهُمَا أَنْ لَا^(١٦) يَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . وَفِي بَعْضِ حَدِيثِ حَبِيبَةَ ، أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ ، فَضَرَبَهَا ، فَكَسَرَ ضِلْعَهَا^(١٧) ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ ثَابِتًا ، فَقَالَ : « خُذْ بَعْضَ مَالِهَا ، وَفَارِقْهَا » . فَفَعَلَ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٨) .
وهكذا / لو ضربها ظلماً ؛ لسوء خلقه أو غيره ، لا يُريدُ بذلك أن تفتدي نفسها ، لم يَحْرُمْ عَلَيْهِ مُخَالَعَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْضُلْهَا لِيَذْهَبَ بِبَعْضِ مَا آتَاهَا ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ إِثْمُ الظُّلْمِ .

فصل : فَإِنْ أَتَتْ بِفَاحِشَةٍ ، فَعَضُلُهَا تَفْتَدِي نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَفَعَلْتُ ، صَحَّ الْخُلْعُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴾ . وَالْإِسْتِثْنَاءُ مِنَ النَّهْيِ إِبَاحَةٌ ، وَلِأَنَّهَا مَتَى زَنَتْ ، لَمْ يَأْمَنْ أَنْ تُلْحَقَ بِهِ وَلَدًا مِنْ غَيْرِهِ ، وَتُفْسِدَ فِرَاشَهُ ، وَلَا^(١٩) تُقِيمَ حُدُودَ اللَّهِ فِي حَقِّهِ ، فَتَدْخُلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ : لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ أُكْرِهَتْ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ تَزِنْ . وَالنَّصُّ أَوَّلَى .

فصل : إِذَا خَالَعَ زَوْجَتَهُ ، أَوْ بَارَأَهَا بِعَوَضٍ ، فَإِنَّهُمَا يَتَرَجَّعَانِ بَمَا بَيْنَهُمَا مِنْ

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) في ا : « بعضها » .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٧ .

(١٩) في ا ، ب ، م : « فلا » .

الحقوق ، فإن كان قبل الدخول ، فلها نصف المهر ، وإن كانت قبضته كله ، ردَّت نصفه ، وإن كانت مفوضة ، فلها المتعة . وهذا قول عطاء ، والنخعي^(٢٠) ، والزهرى ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر . وأما الديون التى ليست من حقوق الزوجية ، فعنه فيها روايتان ، ولا تسقط النفقة فى المستقبل ؛ لأنها ما وجبت بعد . ولنا ، أن المهر حق لا يسقط بالخلع ، إذا كان بلفظ الطلاق ، فلا يسقط بلفظ الخلع ، والمباراة ، كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملاً ، ولأن نصف المهر الذى يصير له لم يجب له قبل الخلع ، فلم يسقط بالمباراة ، كنفقة العدة ، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها : بارأئك . لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه ، لا براءته من حقوقها .

١٢٣٥ - مسألة ؛ قال : (والخلع فسخ ، فى إحدى الروايتين ، والأخرى أنه تطليقة بائة)

اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع ؛ ففى إحدى الروايتين أنه فسخ . وهذا الاختيار أبى بكر ، وقول ابن عباس ، وطاوس ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأحد قولى الشافعى . والرواية الثانية ، أنه طلاق بائة . روى ذلك عن / سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وقبيصة ، وشريح ، ومجاهد ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، ومكحول ، وابن أبى نجيع ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأصحاب الراى . وقد روى عن عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، لكن ضعف أحمد الحديث عنهم^(١) ، وقال :

(٢٠) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١) الرواية عن على وابن مسعود أخرجهما سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن سعيد بن منصور ١ / ٣٣٩ . وأخرج ابن أبى شيبة الرواية عن عثمان ، فى : باب ما قالوا فى الرجل إذا خلع امرأته ، كم يكون من الطلاق . وكذلك أخرج حديث ابن عباس ، فى : باب من كان لا يرى الخلع طلاقاً ، كلاهما فى كتاب الطلاق . الكتاب المصنف ٥ / ١١٢ . وأخرج البيهقى الرواية عن عثمان وعلى وابن مسعود ، وكذلك حديث ابن عباس ، وأورد كلام الإمام أحمد عن هذه الأحاديث نقلاً عن ابن المنذر ، وذلك فى : باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق من كتاب الخلع والطلاق . سنن البيهقى ٧ / ٣١٦ .

ليس لنا^(٢) في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسّخ . واحتجّ ابن عباس بقوله تعالى : ﴿ أَلْطَلَّقُ مَرَّتَانِ ﴾^(٣) . ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(٤) ، ثم قال : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(٥) . فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً ، ولأنّها فرقة خلّت عن صريح الطلاق ونيتّه ، فكانت فسّخاً ، كسائر الفسوخ . ووجه الثانية أنّها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، ولأنّه أتى بكناية الطلاق ، قاصداً فراقها ، فكان طلاقاً ، كغير الخلع . وفائدة الرايتين ، أنّا إذا قلنا : هو طلقة . فخالعها مرةً ، حُسِبَتْ طَلَقَةً ، فنقص^(٥) بها عدد طلاقها^(٦) . وإن خالعها ثلاثاً ، طَلَّقَتْ ثلاثاً ، فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره . وإن قلنا : هو فسّخ . لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة . وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ، ولم ينوّه . فأمّا إن بذلت له العوض على فراقها ، فهو طلاق ، لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق ، مثل كنايةات الطلاق ، أو لفظ الخلع والمُفَاداة ، ونحوهما ، ونوى به الطلاق ، فهو طلاق أيضاً ؛ لأنّه كناية نوى الطلاق ، فكانت طلاقاً ، كما لو كان بغير عوض ، فإن لم ينوّه الطلاق ، فهو الذي فيه الرويتان . والله أعلم .

فصل : وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية ؛ فالصريح ثلاثة ألفاظ ؛ خالعتك ؛ لأنّه ثبت له العرف . والمُفَاداة ؛ لأنّه وردّ به القرآن ، بقوله سبحانه :

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٥) في ب ، م : « فينقص » .

(٦) في ا ، ب ، م : « طلاقه » .

﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ . وَفَسَخْتُ نِكَاحَكَ ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ ، فَإِذَا أَتَى بِأَحَدِ هَذِهِ الْأَلْفَافِ ، وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ، وَمَا عَدَا هَذِهِ مِثْلُ : بَارَأْتُكَ ، وَأَبْرَأْتُكَ ، وَأَبْتَلْتُكَ . فَهُوَ كِنَايَةٌ / ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ أَحَدُ تَوْعِي الْفُرْقَةِ ، فَكَانَ لَهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ ، كَالطَّلَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ فِي لَفْظِ الْفَسْخِ وَجْهَيْنِ ، فَإِذَا طَلَبْتَ الْخُلْعَ ، وَبَذَلْتَ الْعَوَضَ ، فَأَجَابَهَا بِصَرِيحِ الْخُلْعِ أَوْ كِنَايَتِهِ ^(٧) ، صَحَّ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ؛ لِأَنَّ دَلَالََةَ الْحَالِ مِنْ سُؤَالِ الْخُلْعِ وَبَذْلِ الْعَوَضِ ، صَارِفَةٌ إِلَيْهِ ، فَأَغْنَى عَنِ النِّيَّةِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَلَالَةُ حَالٍ ، فَأَتَى بِصَرِيحِ الْخُلْعِ ، وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ، سَوَاءً قُلْنَا : هُوَ فُسْخٌ أَوْ طَلَاقٌ . وَلَا يَقَعُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ مِمَّنْ تَلَفَّظَ بِهِ مِنْهُمَا ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ صَرِيحِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : ولا يَخْصُلُ الْخُلْعُ بِمُجَرَّدِ بَذْلِ الْمَالِ وَقَبُولِهِ ^(٨) ، مِنْ غَيْرِ لَفْظِ الزَّوْجِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا الَّذِي عَلَيْهِ شَيْوُخُنَا الْبَغْدَادِيُّونَ . وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ، وَابْنُ شِهَابٍ ، إِلَى وَقُوعِ الْفُرْقَةِ بِقَبُولِ الزَّوْجِ لِلْعَوَضِ . وَأَفْتَى بِذَلِكَ ابْنُ شِهَابٍ بِعُكْبَرَا ^(٩) ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ أَبُو الْحُسَيْنِ بْنُ هُرْمَزٍ ^(١٠) ، وَاسْتَفْتَى عَلَيْهِ مَنْ كَانَ بِيغْدَادَ مِنْ أَصْحَابِنَا ، فَقَالَ ابْنُ شِهَابٍ : الْمُخْتَلَعَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ ، مُسْتَبْرَثَةٌ ، وَمُفْتَدِيَةٌ ، فَالْمُفْتَدِيَةُ هِيَ الَّتِي تَقُولُ : لَا أَنَا وَلَا أَنْتَ ، وَلَا أَبْرَأُكَ قَسَمًا ، وَأَنَا أَفْتَدِي نَفْسِي مِنْكَ . فَإِذَا قَبِلَ الْفَدْيَةَ ، وَأَخَذَ الْمَالَ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ إِسْحَاقَ بْنَ مَنْصُورٍ رَوَى ، قَالَ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : كَيْفَ الْخُلْعُ ؟ قَالَ : إِذَا أَخَذَ الْمَالَ ، فَهِيَ فُرْقَةٌ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ : أَخَذَ الْمَالَ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً . وَنَحْوُ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ قَبَلَ مَالًا

(٧) فِي ب ، م : « وَكِنَايَتُهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَقَوْلُهُ » .

(٩) عُكْبَرَا : اسْمُ بَلِيدَةٍ مِنْ نَوَاحِي دَجِيلٍ ، قَرَبَ صَرِيفِينَ وَأَوَانَا ، بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ بَغْدَادَ عَشْرَةُ فَرَاسِخَ . مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٧٠٥ / ٣ .

(١٠) أَبُو الْحُسَيْنِ مُحَمَّدُ بْنُ هُرْمَزٍ الْعُكْبَرِيُّ الْقَاضِي ، كَانَتْ لَهُ رِيَاسَةٌ وَجَلَالَةٌ ، تَوَفَّى سَنَةَ أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ وَأَرْبَعِمِائَةٍ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١٨١ / ٢ .

على فراق ، فهي تطليقة بائنة ، لا رجعة له^(١١) فيها . واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة : « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما . وقال : « خذ ما أعطيتها ، ولا تزد »^(١٢) ، ولم يستدع منه لفظاً . ولأن دلالة الحال تُغني عن اللفظ ، بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصاري أو خياط معروفين بذلك ، فعملاه ، استحق الأجر^(١٣) ، وإن لم يشترطاً عوضاً . ولنا ، أن هذا أحد نوعي الخلع ، فلم يصح بدون اللفظ ، كما لو سألته أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف في البضع بعوض ، فلم يصح بدون اللفظ ، كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض ، فلم يقم بمجرد مقام الإيجاب ، كقبض أحد العوضين في البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقاً ، فلا يقع بدون صريحه أو كينايته ، وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ ، كابتداء العقد . وأما حديث جميلة ، فقد رواه البخاري : « أقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة »^(١٤) . وهذا صريح في اعتبار اللفظ . وفي رواية / فأمره ففارقها . ومن لم يذكر الفرقة ، فإنما اقتصر على بعض القصة ، بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق ، فإن القصة واحدة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، وبدل على ذلك أنه قال : ففرق النبي ﷺ بينهما ، وقال : « خذ ما أعطيتها » . فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبي ﷺ أمر به ، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ؛ لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ، ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظاً ولا دلالة حال ، ولا بد منه اتفاقاً .

(١١) في ب ، م : « لها » .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٧ .

(١٣) في ب ، م : « الأجرة » .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٧ .

١٢٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَةِ مِنَ الْخُلْعِ طَلَاقٌ ، وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ)

وجملة ذلك أن الْمُخْتَلَعَةَ لَا يَلْحَقُهَا طَلَاقٌ بِحَالٍ . وبه قال ابن عباس ، وابن الزبير ، وعكرمة ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وحكى عن أبي حنيفة أنه يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ الصَّرِيحُ الْمُعَيَّن ، دون الكناية والطلاق المرسل ، وهو أن يقول : كل امرأة لي طالق . ورؤي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعي ، والزهرى ، والحكم ، وحماد ، والثوري ؛ لما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال : « الْمُخْتَلَعَةُ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ ، مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ »^(١) . ولنا ، أنه قول ابن عباس وابن الزبير ، ولا نعرف لهما مخالفا في عصرهما . ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد ، فلم يَلْحَقُهَا طلاقه ، كالمطلقة قبل الدخول ، أو المنقضية عدتها ، ولأنه لا يملك بضعها ، فلم يَلْحَقُهَا طلاقه ، كالأجنبية ، ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ، ولا تطلق بالكناية ، فلا^(٢) يَلْحَقُهَا الصَّرِيحُ الْمُعَيَّن ، كما قبل الدخول . ولا فرق بين أن يواجهها به^(٣) ، فيقول : أنت طالق . أو لا يواجهها به ، مثل أن يقول : فلانة طالق . وحديثهم لا نعرف له أصلا ، ولا ذكره أصحاب السنن .

فصل : ولا يثبت في الخلع رجعة ، سواء قلنا : هو فسخ أو طلاق . في قول أكثر أهل العلم ؛ منهم الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والنخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاق . وحكى عن الزهرى ، وسعيد بن المسيب ، أنهما ١٦٦/٧ ظ قال : الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة . / وقال أبو

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الطلاق بعد الفداء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٨٩ .

(٢) في ١ ، ب ، م : « فلم » .

(٣) سقط من : ١ .

ثَوْر : إن كان الخُلْع بلفظ الطَّلَاق ، فله الرجعة ؛ لأن الرجعة من حقوق الطَّلَاق ، فلا تسقط بالعوض ، كالولاء مع العتق . ولنا ، قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فِيمَا أَقْدَتَ بِهِ ﴾^(٤) . وإنما يكون فداءً إذا خرجت به عن قبضته وسلطانها ، وإذا كانت له الرجعة ، فهي تحت حكمه ، ولأن القصْد إزالة الضرر عن المرأة ، فلو جاز ارتجاعها ، لعاد الضرر ، وفارق الولاء ؛ فإن العتق لا ينفك منه ، والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول ، وإذا أكمل العدد .

فصل : فإن شرط في الخُلْع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد : يبطل الشرط ، ويصح الخُلْع . وهو قول أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك ؛ لأن الخُلْع لا يفسد بكون عوضه فاسداً ، فلا يفسد بالشرط الفاسد ، كالنكاح ، ولأنه لفظ يقتضي البينة . فإذا شرط الرجعة معه ، بطل الشرط ، كالطلاق الثلاث . ويحتمل أن يبطل الخُلْع وتثبت الرجعة . وهو منصوص الشافعي ؛ لأن شرط العوض والرجعة متنافيان^(٥) ، فإذا شرطاهما سقطا ، وبقي مجرد الطلاق ، فثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ، ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه ، فأبطله ، كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع . وإذا حكمنا بالصحة ، فقال القاضي : يسقط المسمى في العوض ؛ لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط ، فإذا سقط الشرط ، وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله إليه ، فيصير مجهولاً ، فيسقط ، ويجب المسمى في العقد . ويحتمل أن يجب المسمى ؛ لأنهما تراضيا به عوضاً ، فلم يجب غيره ، كما لو خلا عن شرط الرجعة .

فصل : فإن شرط الخيار لها أو له ، يوماً أو أكثر ، وقبلت المرأة ، صح الخُلْع ، وبطل الخيار . وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا كان الخيار للرجل . وقال : إذا جعل الخيار للمرأة ، ثبت لها الخيار ، ولم يقع الطلاق . ولنا ، أن سبب وقوع الطلاق وجد ، وهو اللفظ به ،

(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٥) في الأصل : « يتنافيان » .

فوقَع ، كما لو أَطْلَقَ ، ومتى وَقَعَ ، فلا سَبِيلَ إلى رَفْعِهِ .

فصل : نقل مُهْنًا ، في رجل قالت له امرأته : اجْعَلْ أُمْرِي بِيَدِي ، وأُعْطِيكَ عِنْدِي هذا . فَقَبَضَ الْعَبْدَ ، وجعلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا ، وباعَ الْعَبْدَ قَبْلَ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ شَيْئًا : هو له ، إِنَّمَا قالت : اجْعَلْ أُمْرِي بِيَدِي وأُعْطِيكَ . فقيل له ^(٦) : متى شاءتْ تَخْتَارُ ؟ قال : نعم ، ما لم يَطَّأَهَا ، أو يَنْقُضَ . فجعلَ له الرُّجُوعَ ما لم تُطَلِّقْ . وإذا رَجَعَ فَيَنْبَغِي أَنْ تَرْجِعَ عَلَيْهِ / ١٦٧/٧ بِالْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَرْجَعَ مَا جَعَلَ لَهَا ، فَتَسْتَرْجِعُ مِنْهُ مَا أُعْطَتْهُ . ولو قال : إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَمْرُكَ بِيَدِي . مَلَكٌ إِبْطَالُ هَذِهِ الصِّفَةِ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُعَلَّقًا ، فَمَعَ التَّعْلِيقِ أَوَّلَى ، كَالْوَكَالَةِ . قال أحمدُ : ولو جعلتْ له امرأته أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يُخَيِّرَهَا ، فَاخْتَارَتِ الزَّوْجَ ، لَا يَرُدُّ عَلَيْهَا شَيْئًا ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَلْفَ فِي مُقَابَلَةِ تَمْلِيكِه إِيَّاهَا الْخِيَارَ ، وَقَدْ فَعَلَ ، فَاسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، وَلَيْسَتْ الْأَلْفُ فِي مُقَابَلَةِ الْفُرْقَةِ .

فصل : إذا قالتِ امرأته : طَلَّقْنِي بِدِينَارٍ . فَطَلَّقَهَا ، ثُمَّ ارْتَدَّتْ ، لَزِمَهَا الدِّينَارُ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، وَلَا تُؤْتَرُ الرَّدَّةُ ؛ لِأَنَّهَا وَجَدَتْ بَعْدَ ^(٧) الْبَيْتُونَةِ . وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ رَدِّهَا وَقَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، بَائِنٌ بِالرَّدَّةِ ^(٨) ، وَلَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّهُ صَادَفَهَا بَائِنًا ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الرَّدَّةَ يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ فِي الْحَالِ . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . كَانَ الطَّلَاقُ مُرَاعَى . فَإِنْ أَقَامَتْ عَلَى رَدِّهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، تَبَيَّنَا أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ زَوْجَتَهُ ^(٩) حِينَ طَلَّقَهَا ، فَلَمْ يَقَعْ ، وَلَا شَيْءٌ لَهُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ رَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ ، بَانَ أَنَّ الطَّلَاقَ صَادَفَ زَوْجَتَهُ ^(١٠) ، فَوَقَعَ ، وَاسْتَحَقَّ عَلَيْهَا الْعَوَضَ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في النسخ : « الردة » .

(٩) في الأصل : « زوجة » .

(١٠) في ا ، ب ، م : « زوجة » .

١٢٣٧ - مسألة؛ قال: (وَإِذَا قَالَتْ لَهُ: اخلعني على ما في يدي من الدراهم .
فَفَعَلَ ، فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ ، لَزِمَهَا^(١) ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ)

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز ، وله ما جعل له . وهذا قول أصحاب الرأي .
وقال أبو بكر : لا يصح الخلع ، ولا شيء له ؛ لأنه معاوضة ، فلا يصح بالمجهول ،
كالبيع . وهذا قول أبي ثور . وقال الشافعي : يصح الخلع ، وله مهر مثلها ؛ لأنه
معاوضة بالبضع ، فإذا كان العوض مجهولاً ، وجب مهر المثل ، كالنكاح . ولنا ، أن
الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط ، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ،
ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع ، وليس فيه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله
المسامحة ، ولذلك جاز من غير عوض ، بخلاف النكاح . وإذا صح الخلع ، فلا
يجب مهر المثل ؛ لأنها لم تبدله ، ولا فوّت عليه ما يؤجبه ، فإن خروج البضع من ملك
الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها ، أو رضاها لمن ينفسخ به
نكاحها ، لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي ، لم يجب للزوج عوض
عن بعضها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهه ، لوجب / المهر لها دون الزوج ، ولو طاعت لم
يكن للزوج شيء ، وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة ، وأباح لها افتداء
نفسها لحاجتها إلى ذلك ، فيكون الواجب ما رضى ببذله ، فأما إيجاب شيء لم ترض
به ، فلا وجه له . فعلى هذا ، إن خالعتها^(٢) على ما في يدها من الدراهم ، صح ، فإن
كان في يدها دراهم فهي له ، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة . نص عليه أحمد ؛
لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ، ولفظها دل^(٣) على ذلك ، فاستحقه ، كما لو
وصى له بدراهم . وإن كان في يدها أقل من ثلاثة ، احتمل أن لا يكون له غيره ؛ لأنه من

(١) في ب ، م : « لزمها » .

(٢) في ب ، م : « خالعتها » .

(٣) في أ : « يدل » .

الدَّراهِمِ ، وهو في يَدِها . واحْتَمَلَ أن يكونَ له ثلاثةٌ كاملةٌ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِيها فيما إذا لم يكنْ في يَدِها شيءٌ ، فكذلك إذا كان في يَدِها .

فصل : والخُلْعُ على مجهولٍ يَنْقَسِمُ أَقسامًا ؛ أحدها ، أن يُخالَعَهَا^(٤) على عددٍ مجهولٍ من شيءٍ غيرٍ مختلفٍ ، كالذَّنابيرِ والدَّراهِمِ ، كالتى يُخالَعُها على ما في يَدِها من الدَّراهِمِ ، فهى هذه التى ذَكَرَ الخِرَقِيُّ حُكْمَها . الثَّانِى ، أن يكونَ ذلك من شيءٍ مُخْتَلِفٍ^(٥) لا يَعْظُمُ^(٥) اختلافُهُ ، مثل أن يُخالَعَهَا على عبيدٍ مُطْلَقٍ^(٦) أو عبيدٍ ، أو يقولُ : إن أُعْطِيتَنى عبيدًا فأنْتِ طالقٌ . فإنها تَطْلُقُ بأى عبيدٍ أعطته إِيَّاه ، ويَمْلِكُهُ بذلك ، ولا يكونُ له غيرُهُ . وكذلك إن خالَعته عليه ، فليس له إلَّا ما يَقَعُ عليه اسمُ العبيدِ . وإن خالَعته على عبيدٍ فله ثلاثةٌ . هذا ظاهرٌ كلامِ أحمدَ ، وقياسُ قولِهِ وقولِ الخِرَقِيِّ فى المسألة التى قبلَها . وقد قال أحمدٌ فيما إذا قال : إذا أُعْطِيتَنى عبيدًا فأنْتِ طالقٌ . فأعْطَتْهُ^(٧) عبيدًا : فهى طالقٌ . والظاهرُ من كلامِهِ ما قلناه^(٨) . وقال القاضى : له عليها عبيدٌ وَسَطٌ . وتأوَّلَ كلامَ أحمدَ على أنَّها أعطَتْهُ عبيدًا وَسَطًا ، والظاهرُ خلافُهُ . ولنا ، أنَّها خالَعته على مُسَمَّى مجهولٍ ، فكان له أَقلُّ ما يَقَعُ عليه الاسمُ ، كما لو خالَعَهَا على ما في يَدِها من الدَّراهِمِ ، ولأنَّهُ إذا قال : إن أُعْطِيتَنى عبيدًا فأنْتِ طالقٌ . فأعْطَتْهُ عبيدًا ، فقد وَجَدَ شرطُهُ ، فيجبُ أن يَقَعَ الطَّلَاقُ ، كما لو قال : إن رأيتَ عبيدًا فأنْتِ طالقٌ . ولا يَلْزِمُها أَكْثَرُ منه ؛ لأنَّها لم تَلْزِمْ له شيئًا ، فلا يَلْزِمُها شيءٌ ، كما لو طَلَّقَها بغيرِ خُلْعٍ . الثَّالِثُ ، أن يُخالَعَهَا على مُسَمَّى تَعْظُمُ الجَهالةُ فيه ، مثل أن يُخالَعَهَا على دَابَّةٍ ، أو بعيرٍ ، أو بقرةٍ ، أو ثوبٍ ، أو يقولُ : إن أُعْطِيتَنى ذلكَ فأنْتِ طالقٌ . فالواجبُ / فى الخُلْعِ ما يَقَعُ عليه الاسمُ من ذلك ، ويقَعُ

(٤) فى الأصل : « خالَعَهَا » .

(٥-٥) فى الأصل : « نعلم » .

(٦) فى ١ ، ب ، م : « مطبق » .

(٧) فى ١ ، ب ، م : « فإذا أعطته » .

(٨) فى ١ : « ذكرنا » .

الطَّلَاقُ بِهَا إِذَا أُعْطِيَتهُ إِيَّاهُ ، فِيمَا إِذَا عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى عَطِيَّتِهِ إِيَّاهُ ، وَلَا يَلْزَمُهَا غَيْرُ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسٍ مَا قَبْلَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ مِنَ الْفُقَهَاءِ : تُرَدُّ عَلَيْهِ مَا أَخَذَتْ مِنْ صَدَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ الْبُضْعَ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِوَضُ ؛ لِجَهَالَتِهِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهَا قِيمَةُ مَا فَوَّتَتْ ، وَهُوَ الْمَهْرُ . وَلَنَا ، مَا تَقَدَّمَ ، وَلِأَنَّهَا مَا التَزَمَتْ لَهُ الْمَهْرَ الْمُسَمَّى وَلَا مَهْرَ الْمِثْلِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَلِأَنَّ الْمُسَمَّى قَدْ اسْتَوْفَى بَدْلَهُ بِالْوَطْءِ ، فَكَيْفَ يَجِبُ بَغَيْرِ رِضَى مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ ! وَالْأَشْبَهُ بِمَذْهَبِ أَحْمَدَ ، أَنْ يَكُونَ الْخُلْعُ بِالْمَجْهُولِ كَالْوَصِيَّةِ بِهِ . وَمِنْ هَذَا الْقِسْمِ ، لَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَا فِي بَيْتِهَا مِنَ الْمَتَاعِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ ، فَهُوَ لَهُ ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ، مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَتَاعٌ ، فَلَهُ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْمَتَاعِ . وَعَلَى (٩) قَوْلِ الْقَاضِي ، عَلَيْهَا الْمُسَمَّى فِي الصَّدَاقِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَالْوَجْهُ لِلْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ . الرَّابِعُ ، أَنْ يُخَالَعَهَا عَلَى حَمَلِ أُمِّتِهَا ، أَوْ غَنَمِهَا ، أَوْ غَيْرِهُمَا مِنَ الْحَيَوَانِ ، أَوْ قَالَ : عَلَى مَا فِي بُطُونِهَا أَوْ ضُرُوعِهَا ، فَيَصْحُ الْخُلْعُ . وَحُكِيَ (١٠) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ (١١) يَصْحُ الْخُلْعُ عَلَى مَا فِي بَطْنِهَا ، وَلَا يَصْحُ عَلَى حَمَلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ حَمَلَهَا هُوَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَصَحَّ الْخُلْعُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَى مَا فِي بَطْنِهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ خَرَجَ الْوَلَدُ سَلِيمًا ، أَوْ كَانَ فِي ضُرُوعِهَا شَيْءٌ مِنَ اللَّبَنِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا شَيْءَ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَهُ (١٢) مَهْرُ الْمِثْلِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُ الْمُسَمَّى . وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَا يُثْمِرُ نَحْلَهَا ، أَوْ تَحْمِلُ أُمِّتَهَا ، صَحَّ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى ثَمَرَةٍ نَحْلَهَا سِنِينَ ، فَجَائِزٌ ، فَإِنْ لَمْ يَحْمِلْ نَحْلَهَا ، تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ حَمَلَ نَحْلَهَا ؟ قَالَ : هَذَا أَجْوَدُ مِنْ ذَاكَ . قِيلَ لَهُ : يَسْتَقِيمُ هَذَا ؟ قَالَ : نَعَمْ جَائِزٌ . فَيَحْتَمِلُ قَوْلُ أَحْمَدَ : تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ . أَيْ : لَهُ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الثَّمَرَةِ أَوْ

(٩) فِي ١ ، ب ، م : « وَفِي » .

(١٠) فِي ١ ، ب ، م : « وَرَوَى » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(١٢) فِي ب ، م : « لَهَا » .

الْحَمْلُ ، فَتُعْطِيهِ عَنْ ذَلِكَ شَيْئًا ، أَيْ شَيْءٍ كَانَ ، مِثْلَ مَا أَلْزَمْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ الْمَتَاعِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا شَيْءَ لَهُ ، وَتَأَوَّلَ قَوْلَ أَحْمَدَ : تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَاجِبًا ، لَتَقَدَّرَ بِتَقْدِيرٍ يُرْجَعُ إِلَيْهِ . وَفَرَّقَ بَيْنَ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَمَسْأَلَةِ الدَّرَاهِمِ وَالْمَتَاعِ ، حَيْثُ يُرْجَعُ فِيهِمَا بِأَقْلٍ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأِسْمُ إِذَا لَمْ يَجِدْ شَيْئًا ، وَهَهُنَا لَا يُرْجَعُ بِشَيْءٍ إِذَا لَمْ يَجِدْ حَمْلًا / وَلَا ثَمَرَةً أَنْ^(١٣) ثُمَّ أَوْهَمْتَهُ أَنَّ مَعَهَا دَرَاهِمَ ، وَفِي بَيْتِهَا مَتَاعٌ ؛ لِأَنَّهَا خَاطَبَتْهُ بِلَفْظٍ يَقْتَضِي الوجودَ مَعَ إِمْكَانِ عِلْمِهَا بِهِ ، فَكَانَ لَهُ مَا دُلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهَا ، كَمَا لَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى عِيدٍ فَوَجَدَ^(١٤) حُرًّا ، وَفِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ دَخَلَ مَعَهَا فِي الْعَقْدِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الْعِلْمِ فِي الْحَالِ ، وَرِضَاهُمَا بِمَا فِيهِ مِنَ الْإِحْتِمَالِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ غَيْرُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : خَالَعْتُكَ عَلَى هَذَا الْحُرِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الْعَوَضُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ فِي الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، جَازَ فِيهَا يَحْمِلُ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ الْمُسَمَّى فِي الصَّدَاقِ . وَأَوْجَبَ لَهُ الشَّافِعِيُّ مَهْرَ الْمِثْلِ . وَلَمْ يُصَحِّحْ أَبُو بَكْرِ الْخُلْعَ فِي هَذَا كُلِّهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا نَصُوصَ أَحْمَدَ عَلَى جَوَازِهِ ، وَالْدَّلِيلَ عَلَيْهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا خَالَعَتْهُ عَلَى رِضَاعٍ وَلَدَهُ سَتَيْنِ ، صَحَّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ جَعَلَا وَقْتًا مَعْلُومًا ، قَلَّ أَوْ كَثُرَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا تَصَحُّ الْمَعَاوِضَةُ عَلَيْهِ فِي غَيْرِ الْخُلْعِ ، فَفِي الْخُلْعِ أَوْلَى . فَإِنْ خَالَعَتْهُ عَلَى رِضَاعٍ وَلَدَهُ مُطْلَقًا ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّتَهُ ، صَحَّ أَيْضًا ، وَيَنْصَرَفُ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْحَوْلَيْنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، قِيلَ لَهُ : وَيَسْتَقِيمُ هَذَا الشَّرْطُ رِضَاعٌ وَلَدَهَا ، وَلَا يَقُولُ : تُرْضِعُهُ سَتَيْنِ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَذْكُرَ مُدَّةَ الرِّضَاعِ ، كَمَا لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ حَتَّى يَذْكُرَ الْمُدَّةَ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَيَّدَهُ بِالْحَوْلَيْنِ ، فَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ

(١٣) سقط من : ب ، م .

(١٤) في ب ، م : (فوجود) .

كَامِلَيْنِ ﴿١٥﴾ . وقال سبحانه : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ ﴿١٦﴾ . وقال تعالى :
﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ﴿١٧﴾ . ولم يُبَيِّنْ مُدَّةَ الْحَمْلِ هَهُنَا وَالْفِصَالِ ، فُحْمِلَ
على ما فُسِّرَتْهُ آيَةُ الْأُخْرَى وَجُعِلَ الْفِصَالُ عَامَيْنِ ، وَالْحَمْلُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وقال النَّبِيُّ
ﷺ : « لَا رِضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ » ﴿١٨﴾ . يعنى بعدَ الْعَامَيْنِ ، فُيَحْمَلُ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ
الْآدِمِيِّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى وَصْفِ الرِّضَاعِ ، لِأَنَّ جِنْسَهُ كَافٍ ، كَمَا لَوْ ذَكَرَ
جِنْسَ الْخِيَاطَةِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَإِنْ مَاتَتِ الْمُرْضِيعَةُ ، أَوْ جَفَّ لبنُهَا ، فعَلَيْهَا أَجْرُ الْمِثْلِ لَمَّا
بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ فَكَذَلِكَ . وقال الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا
يَنْفَسِيخُ ، وَيَأْتِيهَا بِصَبِيٍّ تُرَضُّعُهُ مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ مُسْتَوْفَى بِهِ ، لَا مَعْقُودٌ ﴿١٩﴾ عَلَيْهِ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا فَمَاتَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى فِعْلٍ فِي عَيْنٍ ، فَيَنْفَسِيخُ
بِتَلْفِيفِهَا ، كَمَا لَوْ مَاتَتِ الدَّابَّةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، وَلَئِنْ مَا يَسْتَوْفِيهِ مِنَ اللَّبَنِ / إِنَّمَا يَتَقَدَّرُ بِحَاجَةِ
الصَّبِيِّ ، وَحَاجَاتِ الصَّبِيَّانِ تَخْتَلِفُ وَلَا تَنْضَبُطُ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَقَوْمَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ
أَرَادَ إِبْدَالَهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي حَيَاتِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، كَالْمُرْضِيعَةِ ،
بِمُخْلَافِ رَاكِبِ الدَّابَّةِ . وَإِنْ وَجَدَ أَحَدُ هَذِهِ الْأُمُورِ قَبْلَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ ، فعَلَيْهَا أَجْرُ
رِضَاعٍ مِثْلِهِ . وَعَنْ مَالِكٍ كَقَوْلِنَا ، وَعَنْهُ : لَا يَرْجَعُ بِشَيْءٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِنَا ،
وَعَنْهُ : يَرْجَعُ بِالمَهْرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِوَضٌ مُعَيَّنٌ تَلَفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَوُجِبَتْ ﴿٢٠﴾ قِيَمَتُهُ أَوْ
مِثْلُهُ ﴿٢١﴾ ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى قَفِيرٍ ، فَهَلَكَ قَبْلَ قَبْضِهِ .

١٦٩/٧ و

فصل : وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى كِفَالَةٍ وَلِإِدِّهِ عَشْرَ سَنِينَ ، صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ مُدَّةَ الرِّضَاعِ

(١٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٦) سورة لقمان ١٤ .

(١٧) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٨) تقدم تخريجه في : ٩ / ٢٩٦ .

(١٩) في النسخ : « معقودا » .

(٢٠) في الأصل : « فوجب » .

(٢١) في ب ، م : « مثلها » .

منها ، ولا قَدَر الطَّعَامِ والأُدَمِ^(٢٢) ، وَيَرْجِعُ عِنْدَ الإِطْلَاقِ إِلَى نَفَقَةٍ مِثْلِهِ . وقال الشَّافِعِيُّ لا يَصْحَحُ حَتَّى يَذْكُرَ مُدَّةَ الرِّضَاعِ ، وَقَدَرِ الطَّعَامِ وَجِنْسِهِ ، وَقَدَرِ الأُدَمِ وَجِنْسِهِ ، وَيَكُونُ الْمَبْلُغُ مَعْلُومًا مَضْبُوطًا بِالصَّفَةِ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَمَا يَحِلُّ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ . وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى اشْتِرَاطِ الطَّعَامِ لِلْأَجِيرِ مُطْلَقًا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْإِجَارَةِ وَدَلَّلْنَا عَلَيْهِ بِقِصَّةِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « رَحِمَ اللَّهُ أَخِي مُوسَى ، آجَرَ نَفْسَهُ بِطَعَامِ بَطْنِهِ وَعِفَّةِ فَرْجِهِ »^(٢٣) . وَلِأَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ مُسْتَحَقَّةٌ بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَهِيَ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ ، كَذَا هُنَا . وَلِلْوَالِدِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ مُؤْنَةِ الصَّبِيِّ ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ ثَبَتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْفَقَهُ بَعِيْنَهُ ، وَإِنْ أَحَبَّ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ ، وَأَتَّفَقَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ أَذِنَ لَهَا فِي إِنْفَاقِهِ عَلَى الصَّبِيِّ ، جَازَ . فَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الرِّضَاعِ ، فَلِأَيِّهِ أَنْ يَأْخُذَ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُؤْنَةِ . وَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ دَفْعَةً أَوْ يَوْمًا بِيَوْمٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْتَحِقُّهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، فِي « الْجَامِعِ » ، وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ أَحْمَدَ : إِذَا خَالَعَهَا عَلَى رِضَاعِ وَلَدِهِ ، فَمَاتَ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلَيْنِ . قَالَ : يَرْجِعُ عَلَيْهَا بَبَقِيَّةِ ذَلِكَ . وَلَمْ يَعْتَبِرِ الْأَجَلَ . وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا فُرِّقَ لِحَاجَةِ الْوَلَدِ إِلَيْهِ مَتَفَرِّقًا ، فَإِذَا زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَى التَّفْرِيقِ اسْتَحَقَّ جُمْلَةً وَاحِدَةً . وَالثَّانِي ، لَا يَسْتَحِقُّهُ إِلَّا يَوْمًا بِيَوْمٍ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَهُوَ الصَّحِيْحُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مُنْجَمًا ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ مُعْجَلًا ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي خُبْزٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ أَرْطَالًا مَعْلُومَةً ، فَمَاتَ الْمُسْتَحِقُّ لَهُ ، وَلِأَنَّ^(٢٤) الْحَقَّ لَا يَحِلُّ بِمَوْتِ الْمُسْتَوْفِي ، كَمَا لَوْ مَاتَ وَكَيْلُ صَاحِبِ الْوَلَدِ ١٦٩/٧ ظ الْحَقُّ ، وَإِنْ وَقَعَ الْخِلَافُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ بِمَوْتِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا وَجْهَانِ ، كَهْذَيْنِ . وَإِنْ مَاتَتِ الْمَرْأَةُ خُرُجًا فِي اسْتِحْقَاقِهِ فِي الْحَالِ وَجْهَانِ ، كَهْذَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ يَحِلُّ بِمَوْتِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ أَمْ لَا ؟

(٢٢) الأُدَمُ : الإِدام ، وَهُوَ مَا يَسْتَمَرُّ بِهِ الْخُبْزُ .

(٢٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٨ / ٥ .

(٢٤) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

فصل : والعَوْضُ فِي الْخُلْعِ ، كَالْعَوْضِ فِي الصَّدَاقِ وَالْبَيْعِ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِ الزَّوْجِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِقَبْضِهِ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُمَا ، دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِمُجَرَّدِ الْخُلْعِ ، وَصَحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي امْرَأَةٍ قَالَتْ لَزَوْجِهَا : اجْعَلْ أَمْرِي بِيَدِي ، وَلَكَ هَذَا الْعَبْدُ . ففَعَلَ ، ثُمَّ خَيْرَتْ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ مَا مَاتَ الْعَبْدُ : جَائِزٌ ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا شَيْءٌ . قَالَ : وَلَوْ أَعْتَقَتِ الْعَبْدَ ، ثُمَّ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا ، لَمْ يَصَحَّ عِتْقُهَا لَهُ . فَلَمْ يُصَحَّحْ^(٢٥) عِتْقُهَا لَهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا زَالَ عَنْهُ بِجَعْلِهَا لَهُ عَوْضًا فِي الْخُلْعِ ، وَلَمْ يُضَمَّنْهَا إِيَّاهُ إِذَا تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ مُعَيَّنٌ غَيْرُ مَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ ، فَدَخَلَ فِي ضَمَانِ الزَّوْجِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ . وَيُخْرَجُ فِيهِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ ، وَلَا يَصَحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، حَتَّى يَقْبِضَهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي عَوْضِ الْبَيْعِ ، وَفِي الصَّدَاقِ . وَأَمَّا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ ، فَلَا يَصَحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ حَتَّى يَقْبِضَهُ . فَإِنْ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَالْوَاجِبُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي الصَّدَاقِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٦) يَنْفَسِيخُ سَبَبُهُ بِتَلَفِهِ ، فَهَهُنَا مِثْلُهُ .

١٢٣٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى غَيْرِ عَوْضٍ ، كَانَ خُلْعًا ، وَلَا شَيْءَ لَهُ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ^(١) عَنْ أَحْمَدَ^(٢) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ فَرَوَى عَنْهُ ابْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَبِي : رَجُلٌ عَلِقَتْ بِهِ امْرَأَتُهُ تَقُولُ : اِخْلَعْنِي . قَالَ : قَدْ خَلَعْتُكَ . قَالَ : يَتَزَوَّجُ بِهَا ، وَيُجَدِّدُ نِكَاحًا جَدِيدًا ، وَتَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى ثَنَتَيْنِ . فظَاهَرُ هَذَا صِحَّةَ الْخُلْعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ لِلنِّكَاحِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ ، كَالطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، : يَصَحُّ .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

مَشْرُوعِيَّةُ الْخُلْعِ أَنْ تُوجَدَ مِنَ الْمَرْأَةِ رَغْبَةٌ عَنْ زَوْجِهَا ، وَحَاجَةٌ إِلَى فِرَاقِهِ ، فَتَسْأَلُهُ فِرَاقَهَا ،
فَإِذَا أَجَابَهَا ، حَصَلَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْخُلْعِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ بِعَوَضٍ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ :
لَا^(٢) خِلَافَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ الْخُلْعَ مَا كَانَ مِنْ قَبْلِ النِّسَاءِ ، فَإِذَا كَانَ مِنْ قَبْلِ الرِّجَالِ ،
فَلَا نِزَاعَ فِي أَنَّهُ طَلَاقٌ تُمْلِكُ بِهِ الرَّجْعَةَ ، وَلَا يَكُونُ فُسْخًا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَكُونُ خُلْعٌ إِلَّا
بِعَوَضٍ . رَوَى عَنْهُ مُهَنَّأٌ ، إِذَا قَالَ لَهَا : اخْلَعِي نَفْسَكَ . فَقَالَتْ : خَلَعْتُ نَفْسِي . لَمْ /
يَكُنْ خُلْعًا إِلَّا عَلَى شَيْءٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَوَى الطَّلَاقَ ، فَيَكُونُ مَا نَوَى . فَعَلَى هَذِهِ
الرَّوَايَةِ ، لَا يَصَحُّ الْخُلْعُ إِلَّا بِعَوَضٍ ، فَإِنْ تَلَفَّظَ بِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَنَوَى الطَّلَاقَ ، كَانَ
طَلَاقًا رَجْعِيًّا ؛ لِأَنَّهُ^(٣) يَصْلُحُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ . وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ الطَّلَاقَ ، لَمْ يَكُنْ^(٤)
شَيْئًا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ إِنْ كَانَ فُسْخًا ، فَلَا يَمْلِكُ الزَّوْجُ
فُسْخَ النِّكَاحِ إِلَّا لِعَيْبِهَا^(٥) . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : فَسَخْتُ النِّكَاحَ . وَلَمْ يَنْوِ بِهِ الطَّلَاقَ ، لَمْ
يَقَعْ شَيْءٌ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ الْعَوَضُ ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ مُعَاوَضَةً ، فَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ الْعَوَضُ
وَالْمُعَوَّضُ . وَإِنْ قُلْنَا : الْخُلْعُ طَلَاقٌ . فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ اتِّفَاقًا ، وَإِنَّمَا هُوَ كِنَايَةٌ ،
وَالْكِنَايَةُ لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ إِلَّا بِنِيَّةٍ ، أَوْ بِذَلِ الْعَوَضِ^(٦) ، فَيَقُومُ مَقَامَ النِّيَّةِ ، وَمَا وَجَدَ وَاحِدٌ
مِنْهُمَا . ثُمَّ إِنْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِعَوَضٍ ، لَمْ يَقْتَضِ الْبَيِّنَةُ إِلَّا أَنْ تَكْمُلَ الثَّلَاثُ .

فصل : إِذَا قَالَتْ : بِعْنِي عَبْدَكَ هَذَا وَطَلَّقْنِي بِالْفِ . ففعلٌ ، صَحَّ ، وَكَانَ بَيْعًا وَخُلْعًا
بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ ، يَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَوَضٍ ، فَصَحَّ جَمْعُهُمَا ،
كَبَيْعِ ثَوْبَيْنِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ بَيْعٍ وَصَرَفٍ ، أَنَّهُ يَصَحُّ ، وَهُوَ نَظِيرٌ لِهَذَا .
وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الْعَقْدَيْنِ تَخْتَلِفُ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ أَيْضًا . فَعَلَى قَوْلِنَا يَتَقَسَّطُ

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) في الأصل زيادة : « لا » .

(٤) في الأصل : « يقع » .

(٥) في ٢ ، ب ، م : « بعيبها » .

(٦) في ١ ، ب ، م : « للعوض » .

الألف على الصَّدَاقِ المُسَمَّى وقيمة العبد ، فيكون عِوَضُ الخُلْعِ ما يَخْصُصُ المُسَمَّى ، وعِوَضُ العبد ما يَخْصُصُ قيمته ، حتى لو رَدَّته بعَيِّبٍ رَجَعَتْ بِذلك ، وإن وَجَدْتَهُ حُرًّا أو مَعْصُوبًا ، رَجَعَتْ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضُهُ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْعَبْدِ شِقْصٌ مَشْفُوعٌ ، ففِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَيَأْخُذُهُ^(٧) الشَّفِيعُ بِحِصَّةِ قِيمَتِهِ مِنَ الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضُهُ .

فصل : وإن خَالَعَهَا عَلَى نَصِيفِ دَارٍ^(٨) ، صَحَّ ، وَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَمَّا لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ فِيهِ شُفْعَةً ، لِأَنَّ لَهُ عِوَضًا . وَهَلْ يَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَتِهِ أَوْ بِمِثْلِ الْمَهْرِ ، عَلَى وَجْهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ خَالَعَهَا ، وَدَفَعَ إِلَيْهَا أَلْفًا يَنْصِفُ دَارَهَا ، صَحَّ ، وَلَا شُفْعَةَ أَيْضًا . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِيمَا قَابَلَ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضُ مَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّ إِيْجَابَ الشُّفْعَةِ تَقْوِيمٌ لِلْبُضْعِ فِي حَقِّ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَالْبُضْعُ لَا يُتَقَوَّمُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الزَّوْجَ مَلَكُ الشَّقْصِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ لِلشَّفِيعِ أَخْذُ بَعْضِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ وَاحِدٍ .

١٢٣٩ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (/ وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى ثَوْبٍ ، فَخَرَجَ مَعِيًّا ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ ١٧٠/٧ ظ
بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ أَرْضَ الْعَيْبِ ، أَوْ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَيَرُدَّهُ)

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ الْخُلْعَ يَسْتَحِقُّ فِيهِ رَدَّ عِوَضِهِ بِالْعَيْبِ ، أَوْ أَخْذَ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَيُسْتَحَقُّ فِيهِ ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ . وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، مِثْلَ أَنْ تَقُولَ : اخْلَعْنِي عَلَى هَذَا الثَّوْبِ . فَيَقُولُ : خَلَعْتُكَ . ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عَيْبًا لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ وَأَخْذِ قِيمَتِهِ ، وَبَيْنَ أَخْذِ أَرْضِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي هَذَا الثَّوْبَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَعْطَتْهُ إِيَّاهُ ، طَلَّقَتْ ، وَمَلَكَهُ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ^(١) يَجْعَلْ لَهُ الْمُطَالَبَةَ بِالْأَرْضِ مَعَ إِمْكَانِ رَدِّهِ .

(٧) فِي ب ، م : « وَيَأْخُذُ » .

(٨) فِي أ : « الصَّدَاقِ » .

(١) فِي أ ، ب ، م : « لَا » .

وهذا أصل ذكرناه في البيع^(٢). وله أيضا قول: إنه إذا رده رجع بمهر المثل. وهذا الأصل ذكر في الصداق^(٣). وإن خالعهما على ثوب موصوف في الذمة، واستقصى صفات السلم، صح، وعليها أن تُعطيه إياه سليما؛ لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة، كما في البيع والصداق. فإن دفعته إليه معيبا، أو ناقصا عن الصفات المذكورة، فله الخيار بين إمساكه، أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة؛ لأنه إنما وجب في الذمة سليما تام الصفات، فيرجع بما وجب له، لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها. وإن قال: إن أعطيتني ثوبا صفتة كذا وكذا. فأعطته ثوبا على تلك الصفات، طلقته، وملكه. وإن أعطته ناقصا صفة، لم يقع الطلاق، ولم يملكه؛ لأنه ما وجد الشرط. فإن كان على الصفة، لكن به عيب، وقع الطلاق لوجود شرطه. قال القاضي: ويتخير بين إمساكه، ورده والرجوع بقيمته. وهذا قول الشافعي، إلا أن له قولا، أنه يرجع بمهر المثل، على ما ذكرنا، وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم: إنه إذا قال: إذا أعطيتني ثوبا، أو عبدا، أو هذا الثوب، أو هذا العبد. فأعطته إياه معيبا، طلقته، وليس له شيء سواه. وقد نص أحمد على من قال: إن أعطيتني هذا الألف، فأنت طالق. فأعطته إياه، فوجده معيبا، فليس له البدل. وقال أيضا: إذا قال: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فإذا أعطته عبدا، فهي طالق، ويملكه. وهذا يدل على أن كل موضع قال: إن أعطيتني كذا. فأعطته إياه، فليس له غيره؛ وذلك لأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بالزيم، أو التزام، ولم يرد الشرع بالزامها هذا، ولا هي التزمته له، وإنما علق طلاقها على شرط، وهو عطيتها له ذلك، فلا / يلزمها شيء سواه، لأنها لم تدخل معه في معاوضة، وإنما حققت شرط الطلاق، فأشبهه مالو قال: إن دخلت الدار^(٤) فأنت طالق. فدخلت. أو ما لو قال: إن أعطيت أباك عبدا فأنت طالق. فأعطته إياه.

(٢) تقدم في: ٦ / ٢٢٩.

(٣) تقدم في صفحة ١٢٩.

(٤) سقط من: ١، ب، م.

فصل : وإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق . فأعطته ألفاً أو أكثر ، طَلَّقَتْ ؛ لوجود الصِّفَةِ ، وإن أعطته دُونَ ذلك ، لم تَطْلُقْ ؛ لعدمها . وإن أعطته ألفاً وازنةً ، تَنَقَّصُ في العَدَدِ ، طَلَّقَتْ ، وإن أعطته ألفاً عدداً ، تَنَقَّصُ في الوَزنِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ إطلاق الدِّراهم يَنْصَرِفُ إلى الوَازِنِ من دراهم الإسلام ، وهي ما كُلُّ عشرةٍ منها وزنُ سبعةِ مثاقيل . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الدِّراهمَ متى كانت تَنَقُّقُ بَرءُوسِها من غيرِ وَزْنٍ^(٥) ، طَلَّقَتْ ؛ لأنَّها يَقَعُ عليها اسمُ الدِّراهمِ ، ويحصلُ منها مَقْصودُها ، ولا تَطْلُقُ إذا أعطته وازنةً تَنَقَّصُ في العددِ ؛ لذلك . وإن أعطته ألفاً رَدِيئةً ، كَنُحاسٍ فيها أو رصاصٍ^(٦) أو نحوه^(٧) ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ^(٨) إطلاق الألف^(٩) يتناول ألفاً من الفِضَّةِ ، وليس في هذه^(١٠) ألف من الفِضَّةِ . وإن زادت على الألف بحيث يكون فيها ألفُ فِضَّةٍ ، طَلَّقَتْ ؛ لأنَّها قد أعطته ألفاً فِضَّةً . وإن أعطته سَبِيكةً تبلغ ألفاً ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنها لا تُسَمَّى دراهمَ ، فلم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، بخلاف المَغْشُوشَةِ ، فإنَّها تُسَمَّى دراهمَ . وإن أعطته ألفاً رَدِيءَ الجِنْسِ ، لَحْشُونِيَّةً ، أو سَوَادٍ ، أو كانت وَحْشَةً السَّكَّةِ ، طَلَّقَتْ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ وَجَدَتْ . قال القاضي : وله رَدُّها ، وأخذُ بدلِها . وهذا قد ذَكَرناه في المسألة التي قبلها .

فصل : وإن^(١١) قال : إن أعطيتني ثوباً مَرُويّاً فأنت طالق . فأعطته هَرُويّاً ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ التي علَّقَ الطَّلَاقَ عليها لم تُوجَدْ ، وإن أعطته مَرُويّاً طَلَّقَتْ . وإن خالَعها على مَرُويٍّ ، فأعطته هَرُويّاً ، فالخُلْعُ واقعٌ ، ويَطْلُبُها بما خالَعها عليه . وإن خالَعها على ثوبٍ بَعِيْنِهِ ، على أَنَّهُ مَرُويٌّ ، فبانَ هَرُويّاً ، فالخُلْعُ صحيحٌ ؛ لأنَّ جِنْسَهُما واحدٌ ، وإنَّما ذلك اختلافُ صِيفَةٍ ، فَجَرَى مَجَرَى الْعَيْبِ في الْمُعَوَّضِ^(١٢) ، وهو مُخَيَّرٌ بين إمساكِه ولا

(٥) في الأصل : « عدد » .

(٦-٦) في الأصل : « ونحوه » .

(٧-٧) في الأصل : « الطلاق بالألف » .

(٨) في الأصل : « هذا » .

(٩) في الأصل : « ولو » .

(١٠) في ١ ، ب ، م : « العوض » .

شيء له غيره ، وبين رده وأخذ قيمته لو كان مرويًا ؛ لأن مخالفته ^(١١) الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد . وقال أبو الخطاب : وعندي لا يستحق شيئًا سواه ؛ لأن الخلع على عيئه ^(١٢) ، وقد أخذه . وإن خالعهما على ثوب ، على أنه قطن ، فبان كتمانًا ، لزم رده ، ولم ^(١٣) يكن له ^(١٤) إمساكه ؛ لأنه جنس آخر ، واختلاف الأجناس / كاختلاف الأعيان ، بخلاف ما لو خالعهما على مروي فخرج هرويًا ، فإن الجنس واحد .

فصل : وكل موضع علق طلاقها ^(١٥) على عطيتها إياه ، فمتى أعطته ^(١٦) على صفة يمكنه القبض ، وقع الطلاق ، وسواء ^(١٧) قبضه منها أو لم يقبضه ؛ لأن العطية وجدت ، فإنه يقال : أعطته فلم يأخذ . ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها ، والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها ، أو قالت : يضمه لك زيد ، أو اجعله قصاصًا مما لي عليك . أو أعطته به رهنًا ، أو أحالته به ، لم يقع الطلاق ؛ لأن العطية ما وجدت ، ولا يقع الطلاق بدون ^(١٨) شرطه . وكذلك كل موضع تعذرت ^(١٩) العطية فيه ، لا يقع الطلاق ، سواء كان التعذر من جهته ، أو من جهتها ، أو من جهة غيرهما ؛ لانتفاء الشرط . ولو قالت : طلقني باللف . فطلقها ، استحق الألف . وبانت وإن لم يقبض . فص عليه أحمد . قال أحمد : ولو قالت : لا أعطيك شيئًا . يأخذها بالآلف . يعني ويقع الطلاق ؛ لأن هذا ليس بتعليق على شرط ، بخلاف الأول .

فصل : وتعلق الطلاق على شرط العطية ، أو الضمان ، أو التملك ، لازم من جهة

(١١) في ا ، ب ، م : « مخالفة » .

(١٢) في الأصل : « عييه » .

(١٣-١٤) في الأصل : « يلزمه » .

(١٤-١٥) سقط من : الأصل .

(١٥) سقطت واو العطف من : ا ، ب ، م .

(١٦) في الأصل : « دون » .

(١٧) في ب ، م : « تعذر » .

الزَّوْجَ لَزُومًا لَا سَبِيلَ إِلَى دَفْعِهِ^(١٨) ؛ فَإِنَّ الْمُغْلَبَ^(١٩) فِيهَا حُكْمُ التَّعْلِيقِ الْمَحْضِي ؛ بِدَلِيلِ صِحَّةِ تَعْلِيْقِهِ عَلَى الشَّرْطِ^(٢٠) . وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ، سَوَاءً كَانَتْ الْعَطِيَّةُ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ التَّرَاخِي . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ قَالَ : مَتَى أُعْطَيْتَنِي ، أَوْ مَتَى مَا أُعْطَيْتَنِي ، أَوْ أَى حِينَ أَوْ أَى زَمَانٍ أُعْطَيْتَنِي أَلْفًا ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَذَلِكَ عَلَى التَّرَاخِي . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْطَيْتَنِي ، أَوْ إِذَا أُعْطَيْتَنِي أَلْفًا ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَذَلِكَ عَلَى الْفَوْرِ . فَإِنْ أُعْطَتْهُ جَوَابًا لِكَلَامِهِ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ تَأَخَّرَ الْإِعْطَاءُ^(٢١) لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ الْمُعَاوَضَاتِ عَلَى الْفَوْرِ ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَصْرِيحٌ بِخِلَافِهِ ، وَجَبَ حَمْلُ ذَلِكَ عَلَى الْمُعَاوَضَاتِ ، بِخِلَافِ مَتَى وَأَى ، فَإِنَّ فِيهِمَا تَصْرِيحًا بِالتَّرَاخِي^(٢٢) ، وَنَصًّا فِيهِ . وَإِنْ صَارَا مُعَاوَضَةً ، فَإِنَّ تَعْلِيْقَهُ بِالصِّفَةِ جَائِزٌ ، أَمَّا إِنْ وَإِذَا ، فَإِنَّهُمَا يَحْتَمِلَانِ^(٢٣) الْفَوْرَ وَالتَّرَاخِي ، فَإِذَا تَعَلَّقَ بِهِمَا الْعَوَضُ ، حُمِلَا عَلَى الْفَوْرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِشَرْطِ الْإِعْطَاءِ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَسَائِرِ التَّعْلِيقِ . أَوْ نَقُولُ : عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِحَرْفِ مُقْتَضَاهِ التَّرَاخِي ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَمَا لَوْ خَلَا عَنِ الْعَوَضِ ، وَالذَّلِيلُ / عَلَى أَنَّ مُقْتَضَاهِ التَّرَاخِي ، أَنَّهُ^(٢٤) يَفْتَضِي التَّرَاخِي إِذَا خَلَا عَنِ الْعَوَضِ ، وَمُقْتَضِيَاتُ الْأَلْفَاظِ لَا تَخْتَلِفُ بِالْعَوَضِ وَعَدَمِهِ ، وَهَذِهِ الْمُعَاوَضَةُ مَعْدُولٌ بِهَا عَنْ سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ ؛ بِدَلِيلِ جَوَازِ تَعْلِيْقِهَا عَلَى الشَّرْطِ ، وَيَكُونُ عَلَى التَّرَاخِي فِيمَا إِذَا عُلِّقَ بِمَتَى أَوْ بِأَى ، فَكَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ الْمُعَاوَضَاتِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ قِيَاسُهُمْ بِقَوْلِ السَّيِّدِ لِعَبِيدِهِ : إِنْ أُعْطَيْتَنِي أَلْفًا فَأَنْتِ حُرٌّ . فَإِنَّهُ كَمَسْأَلَتِنَا ، وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي ،

(١٨) فِي ١ : « رَفَعَهُ » .

(١٩) فِي ب ، م : « الْغَالِبُ » .

(٢٠) فِي ١ ، ب ، م : « الشَّرْطُ » .

(٢١) فِي ب ، م : « الْعَطَاءُ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « بِالْتَّرَاخِي » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « مُحْتَمِلَانِ » .

(٢٤-٢٤) فِي ب ، م : « يَقْتَضِيهِ » .

على أننا^(٢٥) قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق .

فصل : وإذا قال لامرأته : أنت طالق بألف إن شئت . لم تطلق حتى تشاء ، فإذا شاءت وقع الطلاق بائناً ، ويستحق^(٢٦) الألف ، سواء سألتها الطلاق فقالت : طلقني بألف . فأجابها ، أو قال ذلك لها ابتداءً ؛ لأنه علق طلاقها^(٢٧) على شرط ، فلم يوجد قبل وجوده . وتعتبر مשיئتها بالقول ، فإنها وإن كان محلها القلب ، فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق ، فيعلق^(٢٨) الحكم به ، ويكون ذلك على التراخي ، فمتى شاءت طلقت . نص عليه أحمد . ومذهب الشافعي كذلك ، إلا في أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته : أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفاً . فقياس قول أحمد ، أنه على التراخي ؛^(٢٩) لأنه نص على أن أمرك بيدك ، على التراخي^(٣٠) ، ونص على أنه إذا قال لها : أنت طالق إن شئت . أن لها المשיئة بعد مجلسها . ومذهب الشافعي أنه على الفور ؛ لما تقدم . ولنا ، أنه لو قال لعبده : إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر . كان على التراخي . ولو قال له : أنت حر على ألف إن شئت . كان على التراخي . والطلاق نظير العتق . فعلى هذا ، متى ضمنت له ألفاً ، كان أمرها بيدها ، وله الرجوع فيما جعل إليها ؛ لأن أمرك بيدك توكيل منه لها ، فله الرجوع فيه ، كما يرجع في الوكالة . وكذلك لو قال لزوجته : طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً . فمتى ضمنت له ألفاً ، وطلقت نفسها ، وقع ، ما لم يرجع . وإن ضمنت الألف ولم تطلق ، أو طلقت ولم تضمن ، لم يقع الطلاق .

١٢٤٠ - مسألة ؛ قال : (وإذا خالعتها على عيب ، فخرج حراً ، أو استحق ، فله عليها قيمته)

وجملة ذلك أن الرجل إذا خالغ امرأته على عوض يظنه مالا ، فبان غير مال ، مثل أن

(٢٥) في الأصل : « أنه » .

(٢٦) في ١ : « واستحق » .

(٢٧) في الأصل : « الطلاق » .

(٢٨) في الأصل : « فيعلق » .

(٢٩-٢٩) سقط من الأصل . نقل نظر .

يُخَالَعُهَا عَلَى عَيْدٍ / تُعَيِّنُهُ فَيَسِينُ حُرًّا ، أَوْ مَغْصُوبًا ، أَوْ عَلَى نَحْلٍ فَيَسِينُ خَمْرًا ، فَإِنَّ الْخُلْعَ ١٧٢/٧ ظ
صَحِيحٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ مُعَاوَضَةٌ بِالْبُضْعِ ، فَلَا يَفْسُدُ بِفَسَادِ
الْعَوَضِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِقِيَمَتِهِ لَوْ كَانَ عَبْدًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ،
وَصَاحِبًا أَيْ حَنِيفَةً . وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى هَذَا الدَّنِّ الْخُلِّ ، فَبَانَ خَمْرًا ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِمِثْلِهِ
نَحْلًا ؛ لِأَنَّ الْخُلَّ ^(١) مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَقَدْ دَخَلَ عَلَى أَنَّ هَذَا الْمُعَيَّنَ نَحْلٌ ، فَكَانَ لَهُ مِثْلُهُ ، كَمَا
لَوْ كَانَ نَحْلًا فَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَقَدْ قِيلَ : يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ مِثْلِهِ نَحْلًا ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ لَيْسَ مِنْ
ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَجِبَ عَلَيْهَا مِثْلُهُ لَوْ كَانَ نَحْلًا ، كَمَا تُوجِبُ
قِيَمَةُ الْحُرِّ بِتَقْدِيرِ كَوْنِهِ عَبْدًا ، فَإِنَّ الْحُرَّ لَا قِيَمَةَ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْمَسْأَلَةِ كُلِّهَا :
يَرْجِعُ بِالْمُسَمَّى . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَرْجِعُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْبُضْعِ بِعَوَضٍ
فَاسِدٍ ، فَاشْتَبَهَ النِّكَاحَ بِخَمْرِ . وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ بِأَنْ خُرُوجَ الْبُضْعِ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، فَإِذَا ^(٢) غُرَّ
بِهِ ^(٣) ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَا أَخَذَتْ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا مَعَ سَلَامَتِهَا ، وَبَقَاءِ سَبَبِ
الِاسْتِحْقَاقِ ، فَوَجِبَ بَدْلُهَا مُقَدَّرًا بِقِيَمَتِهَا أَوْ مِثْلِهَا ، كَالْمَغْصُوبِ وَالْمُسْتَعَارِ . وَإِذَا
خَالَعَهَا عَلَى عَيْدٍ ، فَخَرَجَ مَغْصُوبًا ، أَوْ أُمًّا وَلَدَ ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يُسَلِّمُهُ ، وَيُؤَافِقُنَا فِيهِ .

فصل : وإن خَالَعَهَا عَلَى مُحَرَّمٍ يَعْلَمَانِ تَحْرِيمَهُ ، كَالْحُرِّ ، وَالْخَمْرِ ، وَالْخِنْزِيرِ ،
وَالْمَيْتَةِ ، فَهُوَ كَالْخُلْعِ بغيرِ عَوَضٍ سِوَاءٍ ، لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ عَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ بِالْبُضْعِ ، فَإِذَا كَانَ الْعَوَضُ
مُحَرَّمًا وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكٍ ^(٣) الزَّوْجِ غَيْرُ
مُتَقَوِّمٍ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا ، فَإِذَا رَضِيَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا أَوْ عَلَّقَ
طَلَّاقَهَا عَلَى فِعْلٍ شَيْءٍ ، فَفَعَلْتَهُ ، وَفَارَقَ النِّكَاحَ ؛ فَإِنَّ دُخُولَ الْبُضْعِ فِي مِلْكِ الزَّوْجِ

(١) فِي ب ، م : « الْخُلْع » .

(٢-٢) فِي أ ، ب ، م : « غَرَّتْهُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مَال » .

مُتَقَوِّمٌ ، ولا يلزم إذا خالعتها على عيْدِ فَبَانَ حُرًّا ؛ لَأَنَّهُ لم يَرْضَ بِغَيْرِ عَوْضٍ مُتَقَوِّمٍ ، فَيَرْجِعُ بِحُكْمِ الْغُرُورِ ، وَهَهُنَا رَضِيَ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَإِنْ كَانَ الْخُلْعُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ ، فَهُوَ طَلَّاقٌ ^(٤) رَجَعِي ؛ لَأَنَّهُ خَلَا عَنْ عَوْضٍ ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ وَكِنَايَاتِ الْخُلْعِ ، وَتَوَيَّ بِهِ الطَّلَاقُ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِنَايَةَ ^(٥) مَعَ النِّيَّةِ كَالصَّرِيحِ ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ ، وَلَمْ يَتَوَيَّرِ الطَّلَاقُ ، انْتَبَى عَلَى أَصْلِهِ . وَهُوَ أَنَّهُ هَلْ يَصِحُّ الْخُلْعُ ^(٦) بِغَيْرِ عَوْضٍ ؟ وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . صَحَّ هَهُنَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . لَمْ يَصِحَّ ، وَلَمْ يَقَعْ شَيْئًا ^(٧) . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي خَمْرًا أَوْ مَيْتَةً ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَعْطَتْهُ ذَلِكَ ، طَلَّقَتْ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، عَلَيْهَا مَهْرُ الْمَثَلِ ، كَقَوْلِهِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي عَبْدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَعْطَتْهُ مُدَبَّرًا أَوْ مُعْتَقًا نَصْفَهُ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْقَيْنِ فِي التَّمْلِيكِ ، وَإِنْ أُعْطَتْهُ حُرًّا ، أَوْ مَغْصُوبًا ، أَوْ مَرْهُونًا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ إِنَّمَا تَتَنَاوَلُ مَا يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ ، وَمَا لَا يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ لَا تَكُونُ مُعْطِيَةً لَهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي هَذَا الْعَبْدَ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَعْطَتْهُ إِيَّاهُ ، فَإِذَا هُوَ حُرٌّ أَوْ مَغْصُوبٌ ، لَمْ تَطْلُقْ أَيْضًا ؛ لِمَا ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ ؛ قَالَ ^(٨) : وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَيَّنَّهُ فَقَدْ قَطَعَ اجْتِهَادَهَا فِيهِ ، فَإِذَا أُعْطَتْهُ إِيَّاهُ ، وَجَدَتْ الصِّفَّةَ ، فَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمُعَيَّنِّ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا وَجْهَانِ كَذَلِكَ . وَعَلَى قَوْلِهِمْ : يَقَعُ الطَّلَاقُ ، هَلْ يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ بِمَهْرِ الْمَثَلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَطِيَّةَ إِنَّمَا مَعْنَاهَا الْمُتَبَادِرُ إِلَى الْفَهْمِ مِنْهَا عِنْدَ إِطْلَاقِهَا التَّمْكِينُ ^(٩) مِنْ تَمْلِكِهِ ، بِدَلِيلِ غَيْرِ الْمُعَيَّنِّ ؛ وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ هَهُنَا التَّمْلِيكُ ، بِدَلِيلِ حُصُولِ الْمِلْكِ بِهَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مَمْلُوكًا لَهَا ، وَانْتِفَاءِ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍّ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ا ، ب ، م : « الكِنَايَاتِ » .

(٦) في ا : « شَيْءٌ » . وَالْمَقْصُودُ لَمْ يَقَعْ هُوَ شَيْئًا .

(٧) في ب ، م : « التَّمَكُّنِ » .

١٢٤١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَتْ لَهُ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا
وَاحِدَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، وَلَزِمَتْهَا ^(١) التَّطْلِيقَةُ ^(٢))

أَمَّا وَقَوْعُ الطَّلَاقِ بِهَا ، فَلَا خِلَافَ فِيهِ ، وَأَمَّا الْأَلْفُ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ شَيْئًا . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ ثُلُثُ الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَدْعَتْ مِنْهُ فِعْلًا بِعَوَضٍ ،
فَإِذَا فَعَلَ بَعْضَهُ اسْتَحَقَّ بِقِسْطِهِ مِنَ الْعَوَضِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ أَلْفٌ . فَرَدَّ
ثُلُثَهُمْ ، اسْتَحَقَّ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَكَذَلِكَ فِي بِنَاءِ الْحَائِطِ ، وَخِيَاطَةِ الثَّوبِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا
بَذَلَتْ الْعَوَضَ فِي مُقَابَلَةِ شَيْءٍ لَمْ يُجِبْهَا إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الْمُسَابَقَةِ :
مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إَصَابَاتٍ فَلَهُ أَلْفٌ . فَسَبَقَ إِلَى بَعْضِهَا . أَوْ قَالَتْ : بِعْنِي عَبْدِيكَ
بِأَلْفٍ . فَقَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَهُمَا بِخَمْسَمِائَةٍ . وَكَأَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ .
فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ / وَافَقْنَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا . فَإِنْ
قِيلَ : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْبَاءَ لِلْعَوَضِ دُونَ الشَّرْطِ ، وَعَلَى لِلشَّرْطِ ، فَكَأَنَّهَا شَرَطَتْ فِي
اسْتِحْقَاقِهِ الْأَلْفَ أَنْ يُطَلَّقَهَا ثَلَاثًا . قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ أَنَّ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَذْكُورَةٌ
فِي حُرُوفِهِ ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهَا وَمَعْنَى الْبَاءِ وَاحِدٌ ، وَقَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِيمَا إِذَا قَالَتْ : طَلَّقْنِي
وَضَرَّتِي بِأَلْفٍ ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ . وَمُقْتَضَى اللَّفْظِ لَا يَخْتَلِفُ بِكَوْنِ الْمُطَلَّاقَةِ وَاحِدَةً أَوْ
اِثْنَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا وَلَكَ أَلْفٌ . فَهِيَ كَالَّتِي قَبَلَهَا ، إِنْ طَلَّقَهَا أَقْلَ مِنْ
ثَلَاثٍ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفُ . وَمَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ فِيهَا كَمَذْهَبِهِمْ فِي الَّتِي قَبَلَهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا
يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعْلَقِ الطَّلَاقُ بِالْعَوَضِ . وَلَنَا ^(٣) ، أَنَّهَا اسْتَدْعَتْ
مِنْهُ الطَّلَاقَ بِالْعَوَضِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَدَّ عَبْدِي وَلَكَ أَلْفٌ . فَرَدَّهُ . وَقَوْلُهُ : لَمْ يُعْلَقِ

(١) فِي أ ، ب ، م : « وَلَزِمَتْهَا » .

(٢) فِي ب ، م : « تَطْلِيقَةٌ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « قُلْنَا » .

الطَّلَاق بِالْعَوْضِ . غَيْرُ مُسَلِّمٍ ؛ فَإِنَّ مَعْنَى الْكَلَامِ ، وَلَكَ أَلْفٌ عَوْضًا عَنْ طَلَاقِي . فَإِنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ دَالَّةٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي وَضَرَّتِي بِأَلْفٍ ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ عَلَيْنَا . فَطَلَّقَهَا وَحَدَّهَا ، طَلَّقْتُ ، وَعَلَيْهَا قِسْطُهَا مِنَ الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْدَيْنِ ، وَخُلْعَهُ لِلْمَرَأَتَيْنِ بِعَوْضٍ عَلَيْهِمَا^(٤) خُلْعَانِ ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ أَحَدُهُمَا صَحِيحًا مُوجِبًا لِلْعَوْضِ دُونَ الْآخَرِ . وَإِنْ كَانَ الْعَوْضُ مِنْهَا وَحَدَّهَا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَتَعَدَّدُ بَتَعَدُّدِ الْعَوْضِ ، وَكَذَلِكَ^(٥) لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدَيْنِ بِشَمْنٍ وَاحِدٍ ، كَانَ عَقْدًا وَاحِدًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ اِثْنَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ عَقْدَيْنِ .

فصل : وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . وَلَمْ يَتَّقَ مِنْ طَلَاقِهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً أَوْ ثَلَاثًا ، بَأَنْتِ بَثَلَاثٍ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيَسْتَحِقُّ الْأَلْفَ ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْمُزْنِيُّ : لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا ثُلُثَ الْأَلْفِ ؛ لِأَنَّهُ^(٦) إِنَّمَا طَلَّقَهَا ثُلُثَ مَا طَلَبَتْ مِنْهُ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا ثُلُثَ الْأَلْفِ ، كَمَا لَوْ كَانَ طَلَاقُهَا ثَلَاثًا . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ : إِنْ عَلِمَتْ أَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ^(٧) مِنْ طَلَاقِهَا إِلَّا طَلَقَةً ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ ، كَقَوْلِ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ عَالِمَةً ، كَانَ مَعْنَى كَلَامِهَا كَمَلَّ لِيَ الثَّلَاثَ ، وَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ . وَوَجْهُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّ هَذِهِ الْوَاحِدَةَ كَمَلَّتِ الثَّلَاثَ ، وَحَصَلَتْ مَا يَحْصُلُ / بِالْثَّلَاثِ مِنَ الْبَيِّنَاتِ ، وَتَحْرِيمِ الْعَقْدِ ، فَوَجَبَ بِهَا الْعَوْضُ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا . ١٧٤/٧

فصل : فَإِنْ لَمْ يَتَّقَ مِنْ طَلَاقِهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا^(٦) بِأَلْفٍ ، وَاحِدَةً أَبِينُ بِهَا ، وَاثْنَتَيْنِ فِي نِكَاحٍ آخَرَ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا

(٤) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهَا » .

(٥) فِي « أ » ، « ب » ، « م » : « وَلِذَلِكَ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : « ب » ، « م » .

(٧) فِي « ب » ، « م » : « يَتَّقِي » .

واحدة ، استَحَقَّ العِوَضَ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يُطَلِّقْهَا ، رَجَعَتْ عَلَيْهِ بِالْعِوَضِ ؛ لِأَنَّهَا بِذَلِكَ الْعِوَضِ فِي مُقَابِلَةِ ثَلَاثٍ ، فَإِذَا لَمْ يُوقِعِ الثَّلَاثَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الْعِوَضَ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ ذَاتَ طَلْقَاتٍ ^(٨) ثَلَاثٍ ، فَقَالَتْ : طَلَّقَنِي ثَلَاثًا . فَلَمْ يُطَلِّقْهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، وَمُقْتَضَى هَذَا ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ ^(٩) يَنْكِحْهَا نِكَاحًا آخَرَ ، أَنَّهَا تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْعِوَضِ ، وَإِنَّمَا يَفُوتُ نِكَاحُهُ إِذَاهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ نَكَحَهَا نِكَاحًا آخَرَ وَطَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ ، لَمْ تَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، رَجَعَتْ عَلَيْهِ بِالْعِوَضِ كُلِّهِ . قَالَ الْقَاضِي : الصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ هَذَا لَا يَصِحُّ فِي الطَّلَاقَيْنِ الْآخِرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ فِي طَلَاقٍ ، وَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِي الطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّهُ ^(١٠) مُعَاوَضَةٌ عَلَى الطَّلَاقِ قَبْلَ النِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقُ قَبْلَ النِّكَاحِ لَا يَصِحُّ ، فَالْمُعَاوَضَةُ عَلَيْهِ أَوْلَى ، فَإِذَا بَطَلَ فِيهِمَا ، انْتَبَى ذَلِكَ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تُفَرَّقُ . فَلَهُ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا تُفَرَّقُ . فَسَدَّ الْعِوَضُ فِي الْجَمِيعِ ، وَيَرْجِعُ بِالْمُسْمَى فِي عَقْدِ النِّكَاحِ .

فصل : وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقَنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا . اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُخَالَفَةٌ لِلوَاحِدَةِ ، لِأَنَّ تَحْرِيمَهَا لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِزَوْجٍ وَإِصَابَةٍ ، وَقَدْ لَا تُرِيدُ ذَلِكَ ، وَلَا تُبَدِّلُ الْعِوَضَ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِيقَاعًا لِمَا اسْتَدْعَتْهُ ، بَلْ هُوَ إِيقَاعٌ مُبْتَدَأٌ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ عِوَضًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْقَعَ مَا اسْتَدْعَتْهُ وَزِيَادَةً ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ وَاحِدَةً وَاثْنَتَانِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : طَلَّقَنِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا . فَطَلَّقْتَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً ، وَقَعَ ، فَيَسْتَحِقُّ الْعِوَضَ بِالوَاحِدَةِ ، وَمَا حَصَلَ مِنَ الزِّيَادَةِ الَّتِي لَمْ تُبَدِّلِ الْعِوَضَ فِيهَا لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا شَيْئًا . فَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ ، وَطَالِقٌ ، وَطَالِقٌ . وَقَعَتِ الْأُولَى بَائِنَةً ، وَلَمْ تَقَعْ الثَّانِيَةُ ، وَلَا الثَّالِثَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا جَاءَا بَعْدَ بَيِّنَتَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ بِأَلْفٍ . وَقَعَ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « طَلَاق » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٠) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : أ ، ب ، م .

١٧٤/٧ ظ الثلاث . وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق . ولم يقل / : بألف . قيل له : أيتها أوقعت بالألف^(١١) ؟ فإن قال : الأولى . بآث بها ، ولم يقع ما بعدها . وإن قال : الثانية . بآث بها ، ووقعت بها طلقتان ، ولم تقع الثالثة . وإن قال : الثالثة . وقع الكل . وإن قال : نويت أن الألف في مقابلة الكل . بآث بالأولى وحدها . ولم يقع بها ما بعدها ؛ لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض ، وهو قسطها من الألف ، فبآث بها ، وله ثلث الألف ؛ لأنه رضى بأن يوقعها بذلك ، مثل أن تقول : طلقني بألف . فيقول : أنت طالق بخمسائة . هكذا ذكره القاضي . وهو مذهب الشافعي . ويحتمل أن يستحق الألف ؛ لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض ، فلم يسقط بعضه بنية ، كما لو قالت : رد عيدي بألف . فردّه ينوي خمسمائة . وإن لم ينو شيئاً ، استحق الألف بالأولى ، ولم يقع بها^(١١) ما بعدها . ويحتمل أن تقع الثلاث ؛ لأن الواو للجمع ، ولا تقتضي ترتيباً ، فهو كقوله : أنت طالق ثلاثاً بألف . وكذلك^(١٢) إذا قال ذلك^(١٢) لغير مذكور بها ، أو قال : أنت طالق وطالق وطالق بألف . طلقث ثلاثاً .

فصل : وإذا قالت : طلقني بألف ، أو على أن لك ألفاً ، أو إن طلقنتي فلك على ألف . فقال : أنت طالق . استحق الألف ، وإن لم يذكره ؛ لأن قوله جواب لما استدعته منه ، والسؤال كالمعاد^(١٣) في الجواب ، فأشبهه ما لو قالت : بعني عبدك بألف . فقال : بعثكه . وإن قالت : اخلعني بألف . فقال : أنت طالق . فإن قلنا : الخلع طلاق بائنة . وقع ، واستحق العوض ؛ لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه . وإن قلنا : هو فسخ . احتمل أن يستحق العوض أيضاً ؛ لأن الطلاق يتضمن ما طلبته^(١٤) ، وهو يثبوتها ، وفيه زيادة نقصان العدد ، فأشبهه ما لو قالت : طلقني واحدة بألف . فطلقها

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢-١٢) في ١ ، ب ، م ، : لو قال .

(١٣) في ب ، م ، : معاد .

(١٤) في الأصل ، ١ ، : طلبت .

ثلاثًا . وَاحْتَمَلَ^(١٥) أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهَا اسْتَدْعَتْ مِنْهُ فَسْخًا ، فَلَمْ يُجِبْهَا إِلَيْهِ ، وَأَوْقَعَ طَلَاقًا مَا طَلَبْتَهُ ، وَلَا بِذَلِكَ فِيهِ عَوَضًا . فَعَلَى هَذَا ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَهُ مُبْتَدَأًا بِهِ ، غَيْرَ مَبْذُولٍ فِيهِ عَوَضٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ طَلَّقَهَا ابْتِدَاءً ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقَعَ ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَهُ بِعَوَضٍ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلِ الْعَوَضُ لَمْ يَقَعَ ؛ لِأَنَّهُ كَالشَّرْطِ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتُنِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ . فَقَالَ : خَلَعْتُكَ . فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ طَلَاقٌ . اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَهَا ، وَإِنْ تَوَى بِهِ الطَّلَاقُ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كِنَايَةٌ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ الطَّلَاقَ ، وَقُلْنَا : لَيْسَ بِطَلَاقٍ . لَمْ يَسْتَحِقَّ عَوَضًا ؛ لِأَنَّهُ مَا أَجَابَهَا إِلَى مَا بِذَلِكَ / الْعَوَضَ فِيهِ ، وَلَا يَتَضَمَّنُهُ ؛ لِأَنَّهُ سَأَلَتْهُ طَلَاقًا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهِ ، فَلَمْ يُجِبْهَا إِلَيْهِ ، وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْعَوَضُ لَمْ يَصِحَّ الْخُلْعُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا خَالَعَهَا مُعْتَقِدًا لِحُصُولِ الْعَوَضِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ ، لَمْ يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالْخُلْعِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فِيهِ^(١٦) مِنَ الْخِلَافِ مَا فِيهِ .

١٧٥/٧ و

فصل : وَلَوْ قَالَتْ لَهُ : طَلَّقْنِي عَشْرًا بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجِبْهَا إِلَى مَا سَأَلَتْ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهَا مَا بِذَلِكَ . وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا فِيمَا إِذَا قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . وَلَمْ يَتَّقِ مِنْ طَلَاقِهَا إِلَّا وَاحِدَةً ، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَصَلَ بِذَلِكَ جَمِيعُ الْمَقْصُودِ .

فصل : وَلَوْ لَمْ يَتَّقِ مِنْ طَلَاقِهَا إِلَّا وَاحِدَةً ؛ فَقَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ ، الْأُولَى بِأَلْفٍ ، وَالثَّانِيَةُ بِغَيْرِ شَيْءٍ . وَقَعَتِ الْأُولَى ، وَاسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، وَلَمْ تَقَعْ الثَّانِيَةُ . وَإِنْ قَالَ : الْأُولَى بِغَيْرِ شَيْءٍ . وَقَعَتْ وَحْدَهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لَهَا عَوَضًا ، وَكَمَلَتِ الثَّلَاثُ . وَإِنْ قَالَ : إِحْدَاهُمَا بِأَلْفٍ . لَزِمَهَا الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَتْ مِنْهُ طَلْقَةً بِأَلْفٍ ، فَأَجَابَهَا إِلَيْهَا ، وَزَادَهَا أُخْرَى .

فصل : وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ إِلَى شَهْرٍ . أَوْ أُعْطِيَتْهُ أَلْفًا عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا إِلَى شَهْرٍ ،

(١٥) سَقَطَتْ وَאו الْعُطْفُ مِنْ : ب ، م .

(١٦) فِي ب ، م : وَ فِيهِ .

فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنيت طالق . صحَّ ذلك ، واستحقَّ العوض ، ووقع الطلاق عند رأس الشهر بئنا ؛ لأنه بعوض . وإن طلقها قبل مجيء الشهر ، طلقت ولا شيء له . ذكره أبو بكر ، وقال : روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد . وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر ، فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض . وقال الشافعي : إذا أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر ، فطلقها بألف ، بانت ، وعليها مهر المثل ؛ لأن هذا سلف في طلاق ، فلم يصح ، لأن الطلاق لا يثبت في الذمة ، ولأنه عقد تعلق بعين ، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه . ولنا ، أنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها ، فإذا طلقها استحقه ، كما لو لم يقل : إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها ، فلم يستحق أكثر منه ، كالأصل . وإن قالت : لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت ، من الآن إلى شهر . صحَّ في قياس المسألة التي^(١٧) قبلها . وقال القاضي : لا يصح ؛ لأن زمن الطلاق مجهول ، فإذا طلقها فله مهر المثل . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه طلقها على عوض لم يصح ، لفساده . ولنا ، ما تقدّم في التي قبلها ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق ؛ لأنه ممّا يصحّ تعليقه على الشرط ، فصحّ بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ، ولأنه لو قال : متى أعطيتني ألفاً فأنيت طالق . صحَّ ، وزمته مجهول أكثر من الجهالة ههنا ، فإن الجهالة ههنا في شهر واحد ، وثم في العمر كله . وقول القاضي : له مهر المثل . مخالف لقياس المذهب ؛ فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها^(١٨) العوض ، أن له المسمى . فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكّمنا بفساده . والله أعلم .

فصل : إذا قال لها^(١٩) : أنت طالق وعليك ألف . وقعت طلقة رجعية ؛ ولا شيء عليها ؛ لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها ، ولا شرطاً فيها ، وإنما عطف ذلك على طلاقها ، فأشبهه ما لو قال : أنت طالق ، وعليك الحج . فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضاً ، لم يكن له^(٢٠) عوضاً ؛ لأنه لم يقابل به شيء ، وكان ذلك هبة مبتدأة ، يعتبر فيه

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في الأصل : فيه ، .

(١٩) سقط من : ١ .

شَرَّاطُ الْهَيْبَةِ . وَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ : ضَمِنْتُ لَكَ أَلْفًا . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَكُونُ عَنْ
غَيْرِ الضَّامِنِ لِحَقِّ^(٢٠) وَاجِبٍ ، أَوْ مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، وَلَيْسَ هُنَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . وَذَكَرَ
الْقَاضِي أَنَّهُ يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ يَصَحُّ . وَلَمْ أَعْرِفْ لَذَلِكَ وَجْهًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ
أَرَادَ أَنَّهَا إِذَا قَالَتْ لَهُ قَبْلَ طَلَاقِهَا : ضَمِنْتُ لَكَ أَلْفًا ، عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي . فَقَالَ : أَنْتِ
طَالِقٌ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَلْفَ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَتْ : طَلِّقْنِي طَلَقًا بِأَلْفٍ .
فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَعَلَيْهَا أَلْفٌ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَنْتِ طَالِقٌ .
يَكْفِي فِي صِحَّةِ الْخُلْعِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الْعَوْضِ ، وَمَا وُصِّلَ بِهِ تَأْكِيدٌ . فَإِنْ اخْتَلَفَ فَقَالَ :
أَنْتِ اسْتَدْعَيْتِ مَنِّي الطَّلَاقَ بِأَلْفٍ . فَأَنْكَرْتَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَإِذَا
حَلَفَتْ^(٢١) بَرَّيْتُ مِنَ الْعَوْضِ وَبِائْتِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي بَيِّنَاتِهَا لِأَنَّهَا حَقُّهُ ، غَيْرُ مَقْبُولٍ
فِي الْعَوْضِ لِأَنَّهُ عَلَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ . وَإِنْ قَالَ : مَا اسْتَدْعَيْتِ
مَنِّي الطَّلَاقَ ، وَإِنَّمَا أَنَا^(٢٢) ابْتَدَأْتُ بِهِ^(٢٣) ، فَلِي عَلَيْكَ الرَّجْعَةُ . وَادَّعَتْ أَنْ ذَلِكَ كَانَ
جَوَابًا لَا اسْتِدْعَاءً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَلَا يَلْزُمُهَا الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يَدَّعِيهِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى الْأَلْفِ^(٢٤) . فَلِمَنْصُوصٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ
رَجْعًا كَقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّأً ، فِي الرَّجْلِ يَقُولُ
لَامِرَاتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ / عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمٍ ، فَلَمْ تَقُلْ هِيَ شَيْئًا : فَهِيَ طَالِقٌ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ
ثَانِيًا^(٢٥) . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّد » : ذَلِكَ لِلشَّرْطِ ، تَقْدِيرُهُ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا
فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَإِنْ ضَمِنْتَ لَهُ أَلْفًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، وَإِلَّا لَمْ يَقَعْ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا
قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ^(٢٦) عَلَى أَنْ عَلَيْكَ أَلْفًا . فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ^(٢٦) الطَّلَاقَ يَقَعُ

١٧٦/٧ و

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « بِحَقِّ » .

(٢١) فِي ب ، م : « حَلَّتْ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢٤) فِي أ : « أَلْفٌ » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢٦-٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م مَاعِدَا كَلِمَةِ : « أَحْمَد » .

رَجْعِيًّا ، ولا شيء له . وعلى قول القاضي ، إن قِيلَتْ ذلك لَزِمَهَا الألف ، وكان خُلْعًا ، وإلا لم يَقَع الطَّلَاق . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وهو أيضًا ظاهر كلام الخِرَقِي ؛ لأنه اسْتَعْمَلَ عَلَى بمعنى الشرط في مواضع من ^(٢٧) كتابه ، منها قوله : وإذا أَنْكَحَهَا على أن لا يَتَزَوَّجَ عليها ، فلها فِرَاقُه إن تَزَوَّجَ عليها . وذلك أن عَلَى تُسْتَعْمَلُ بمعنى الشرط ؛ بدليل قول الله تعالى في قصَّةِ شُعَيْبٍ : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجِيجٌ ﴾ ^(٢٨) . وقال : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ ^(٢٩) . وقال موسى : ﴿ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِي مِمَّا عُلِّمْتَ رُسُلًا ﴾ ^(٣٠) . ولو قال في النكاح : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي على صَدَاقٍ كذا . صَحَّ ، فإذا ^(٣١) أَوْقَعَهُ بِعَوَضٍ . لم يَقَعْ بدونه ، وجرى مَجْرَى قوله : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أُعْطِيتِنِي أَلْفًا ، أو ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّهُ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ غَيْرَ مُعَلِّقٍ بِشَرْطٍ ، وجعلَ عليها عِوَضًا لم تَبْذُلْهُ ، فَوَقَعَ رَجْعِيًّا من غيرِ عِوَضٍ ، كما لو قال : أَنْتِ طَالِقٌ ، وعليك ألف . ولأنَّ عَلَى ليست للشرط ، ولا للمعاوضة ، ولذلك لا يَصِحُّ أن يقول : بِعْتُكَ ثَوْبِي عَلَى دِينَارٍ .

فصل : وإذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثًا بِألفٍ . فقالت : قد ^(٣٢) قِيلَتْ واحدةٌ منها بِألفٍ . وَقَعَ الثلاثُ ، واستحقَّ الألف ؛ لأنَّ إيقاعَ الطَّلَاقِ إليه ، وإنَّما علَّقَهُ بِعَوَضٍ يَجْرِي مَجْرَى الشرط من جهتها ، وقد وَجَدَ الشرطُ ، فيقَعُ الطَّلَاقُ . وإن قالت : قِيلَتْ بِالْفَيْنِ . وَقَعَ ، ولم يَلْزَمْهَا الألف الزائدة ^(٣٣) ؛ لأنَّ القَبُولَ لما أَوْجَبَهُ دُونَ ما لم

(٢٧) في الأصل : « في » .

(٢٨) سورة القصص ٢٦ .

(٢٩) سورة الكهف ٩٤ .

(٣٠) سورة الكهف ٦٦ .

(٣١) في ١ ، ب ، م : « وإذا » .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) في ١ ، ب ، م : « الزائدة » .

يُوجِبُهُ . وَإِنْ قَالَتْ : قَبِلْتُ بِخَمْسِمِائَةٍ . لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يُوجَدْ . وَإِنْ قَالَتْ : قَبِلْتُ وَاحِدَةً مِنَ الثَّلَاثِ بَثُلْتُ الْأَلْفَ . لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِانْقِطَاعِ رَجْعَتِهِ عَنْهَا إِلَّا بِالْفِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ ، إِحْدَاهُمَا بِالْفِ . وَقَعَتْ بِهَا وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّهَا بغيرِ عَوْضٍ ، وَوَقَعَتْ الْأُخْرَى عَلَى قَبُولِهَا ؛ لِأَنَّهَا بِعَوْضٍ .

١٢٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَالَعَتْهُ الْأُمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ ، / كَانَ الْخُلْعُ وَاقِعًا ، وَيَتَّبِعُهَا إِذَا عَتَقَتْ بِمِثْلِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ ، وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ ^(١))

١٧٦/٧ ط

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أَنَّ الْخُلْعَ مَعَ الْأُمَةِ صَحِيحٌ ، سَوَاءً كَانَ بِإِذْنِ سَيِّدِهَا ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ فَمَعَ الزَّوْجَةِ أَوَّلَى ، وَيَكُونُ طَلَاقُهَا عَلَى عَوْضٍ بَائِنًا ، وَالْخُلْعُ مَعَهَا كَالْخُلْعِ مَعَ الْحُرَّةِ سَوَاءً .

الفصل الثاني : أَنَّ الْخُلْعَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا عَلَى شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهَا ، فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا إِذَا عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِذِمَّتِهَا ، وَلَوْ ^(٢) كَانَ عَلَى غَيْرٍ ، فَالَّذِي ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ ، أَنَّهُ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهَا مِثْلُهُ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْعَيْنَ ، وَمَا فِي يَدِهَا ^(٣) مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ لِسَيِّدِهَا ، فَيَلْزِمُهَا بَدْلُهُ ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ فَخَرَجَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خَالَعَهَا عَلَى غَيْرٍ ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهَا أُمَةٌ ، فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْعَيْنَ ، فَيَكُونُ رَاضِيًا بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : خَالَعْتُكَ عَلَى هَذَا الْمَعْصُوبِ ، أَوْ هَذَا الْحُرِّ . وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » ، قَالَ : هُوَ كَالْخُلْعِ عَلَى الْمَعْصُوبِ ؛ ^(٤) لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَرْجَعُ عَلَيْهَا

(١) في الأصل ، ا : « قيمته » .

(٢) في ا : « وإن » .

(٣) في الأصل ، ب ، م : « يده » .

(٤-٤) في ا ، ب ، م : « لأنها لا تملكها » .

بمَهْرِ الْمِثْلِ ، كَقَوْلِهِ فِي الْخُلْعِ عَلَى الْحُرِّ وَالْمُعْصُوبِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهَا ذَكَرَتْ لَزُوجِهَا أَنَّ سَيِّدَهَا أَذِنَ لَهَا فِي هَذَا^(٥) الْخُلْعِ بِهَذِهِ الْعَيْنِ ، وَلَمْ تَكُنْ صَادِقَةً ، أَوْ جَهْلَ أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْعَيْنَ ، أَوْ يَكُونُ اخْتَارَهُ^(٦) فِيمَا إِذَا خَالَعَهَا عَلَى مُعْصُوبٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِقِيَمَتِهِ ، وَيَكُونُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا فِي حَالِ عِتْقِهَا ؛ لِأَنَّهُ الْوَقْتُ الَّذِي تَمْلِكُ فِيهِ ، فَهِيَ كَالْمُعْسِرِ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي حَالِ يَسَارِهِ ، وَيَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ مِثْلِهِ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ تَعْدَرُ تَسْلِيمُهُ مَعَ بَقَاءِ سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَوَجِبَ الرُّجُوعُ بِمِثْلِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ ، كَالْمُعْصُوبِ .

الفصل الثالث : إِذَا كَانَ الْخُلْعُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، تَعَلَّقَ الْعِوَضُ بِذِمَّتِهِ . هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لِعَبِيدِهِ فِي الْاسْتِدَانَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْأُمَةِ . وَإِنْ خَالَعَتْ عَلَى مُعَيَّنٍ بِإِذْنِ السَّيِّدِ فِيهِ ، مَلَكَه . وَإِنْ أَذِنَ فِي قَدْرِ الْمَالِ ، فَخَالَعَتْ بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، فَالزِّيَادَةُ فِي ذِمَّتِهَا . وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ ، اقْتَضَى الْخُلْعُ بِالْمُسَمًّى لَهَا ، فَإِنْ خَالَعَتْ بِهِ أَوْ بِمَا دُونَهُ ، لَزِمَ السَّيِّدُ ، وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ تَعَلَّقَتْ الزِّيَادَةُ بِذِمَّتِهَا ، كَمَا لَوْ عَيَّنَ لَهَا قَدْرًا فَخَالَعَتْ بِأَكْثَرِ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مَأْذُونًا لَهَا فِي التَّجَارَةِ ، سَلَّمَتِ الْعِوَضَ مِمَّا فِي يَدِهَا .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الْمُكَاتَّبَةِ / ، كَالْحُكْمِ فِي الْأُمَةِ الْقِنِّ سَوَاءً ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيمَا فِي يَدِهَا بِتَبَرُّعٍ ، وَمَا لَحَظَّ فِيهِ ، وَيَذُلُّ الْمَالُ فِي الْخُلْعِ لَا فَائِدَةَ فِيهِ مِنْ حَيْثُ تَحْصِيلُ الْمَالِ ، بَلْ فِيهِ ضَرَرٌ بِسُقُوطِ نَفَقَتِهَا ، وَبَعْضُ مَهْرِهَا إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا . وَإِذَا كَانَ الْخُلْعُ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ ، فَالْعِوَضُ فِي ذِمَّتِهَا ، يَتَّبَعُهَا بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، سَلَّمَتْهُ^(٧) مِمَّا فِي يَدِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ ، فَهُوَ عَلَى سَيِّدِهَا .

فصل : وَيَصَحُّ خُلْعُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا لِفَلَسْرِ ، وَيَذُلُّهَا لِلْعِوَضِ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ لَهَا ذِمَّةً يَصِحُّ تَصَرُّفُهَا فِيهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالْعِوَضِ إِذَا أُيْسِرَتْ وَفُكَّ الْحَجْرُ عَنْهَا ، وَلَيْسَ لَهُ

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ : « اختياري » .

(٧) في ب ، م : « سلمه » .

مُطَابَلَتُهَا فِي حَالِ حَجَرِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَدَانَتْ مِنْهُ ، أَوْ بَاعَهَا شَيْئًا فِي ذِمَّتِهَا .

فصل : فَأَمَّا الْمَحْجُورُ عَلَيْهَا لِسَفَهِ ، أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ جُنُونٍ ، فَلَا يَصَحُّ بَذْلُ الْعَوَضِ مِنْهَا فِي الْخُلْعِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ ، وَلَيْسَ هِيَ مِنْ أَهْلِهِ ، وَسَوَاءٌ أَدْنُ فِيهِ الْوَلِيُّ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْإِذْنُ فِي التَّبَرُّعَاتِ ، وَهَذَا كَالْتَّبَرُّعِ . وَفَارَقَ الْأُمَّةَ ، فَإِنَّهَا أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ^(٨) ، وَلِهَذَا تَصَحُّ مِنْهَا الْهَبَةُ وَغَيْرُهَا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ بِإِذْنِهِ ، وَيُفَارِقُ الْمُفْلِسَةَ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ . فَإِنْ خَالَعَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهَا بِلَفْظٍ يَكُونُ طَلَاقًا^(٩) ، فَهُوَ طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ عَوَضًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ اللَّفْظُ مِمَّا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ ، كَانَ كَالْخُلْعِ بغيرِ عَوَضٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقَعَ الْخُلْعُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِهِ بِعَوَضٍ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ ، وَلَا أُمُكِنَ الرَّجُوعُ بِبَدَلِهِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لَوَلِيِّ هَؤُلَاءِ الْمُخَالَعَةُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِنَّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَالِهَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَهَذَا لَا حَظَّ فِيهِ ، بَلْ فِيهِ إِسْقَاطُ نَفَقَتِهَا وَمَسْكِنِهَا وَبَذْلُ مَالِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ ، إِذَا رَأَى الْحَظَّ فِيهِ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْحَظُّ لَهَا فِيهِ بِتَخْلِيصِهَا مِمَّنْ يُتْلَفُ مَالُهَا ، وَتَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهَا وَعَقْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ يُعَدَّ بَذْلُ الْمَالِ فِي الْخُلْعِ^(١٠) مِنَ الرَّشِيدَةِ^(١١) تَبْذِيرًا وَلَا سَفَهًا ، فَيَجُوزُ لَهُ بَذْلُ مَالِهَا لِتَحْصِيلِ حَظِّهَا ، وَحِفْظِ نَفْسِهَا وَمَالِهَا ، كَمَا يَجُوزُ بَذْلُهُ فِي مُدَاوَاتِهَا ، وَفَكْهَامِنَ الْأَسْرِ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ . وَالْأَبُ وَغَيْرُهُ مِنْ أَوْلِيَائِهَا فِي هَذَا سَوَاءٌ . وَإِنْ خَالَعَهَا بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَمِنْ الْوَلِيِّ أَوْلَى .

فصل : إِذَا قَالَ الْأَبُ : طَلَّقِ ابْنَتِي ، وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِهَا . فَطَلَّقَهَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ شَيْءٍ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْأَبِ ، وَلَمْ يَضْمَنْ لَهُ ؛ / لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَيْسَ لَهُ الْإِبْرَاءُ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . قَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْأَبِ . قَالَ : وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ كَانَ جَاهِلًا بِأَنَّ إِبْرَاءَ الْأَبِ لَا يَصَحُّ ، فَكَانَ لَهُ

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « التَّصَرُّفِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « طَلَّاقًا » .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

الرجوع عليه ؛ لأنه غره ، فرجع عليه ، كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح ، لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيًا ؛ لأنه خلا عن العوض . وفي الموضع الذي يرجع عليه ، يقع الطلاق بائنًا ؛ لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هي طالق إن أبرأتني من صداقها . فقال : قد أبرأتك . لم يقع الطلاق ؛ لأنه لا يبرأ . وروى عن أحمد ، أن الطلاق واقع . فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء ، دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها . لم يقع ؛ لأنه علقه على شرط لم^(١١) يوجد . وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلى الدرك . فطلقها ، طلق بائنًا ؛ لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ؛ لأنه ليس له بذلها .

فصل : وإن قال لامرأته : أنتما طالقتان بألف إن شئتما .^(١٢) فقالتا : قد شئنا^(١٣) . وقع الطلاق بهما بائنًا ، ولزمهما العوض بينهما على قدر مهرئهما . وإن شاءت إحداها دون الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما ؛ لأنه جعل مشيئتهما^(١٤) صفة في طلاق كل واحدة منهما . ويخالف هذا ما لو قال : أنتما طالقتان بألف . فقبلت إحداها دون الأخرى ، لزمها^(١٥) الطلاق بعوضه ؛ لأنه لم يجعل لطلاقها^(١٥) شرطًا ، وهما علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعًا ، فيتعلق الحكم بقولهما : قد شئنا . لفظًا ؛ لأن^(١٦) ما في القلب لا سبيل إلى معرفته ، فلو قال الزوج : ما شئتما وإنما قلتما ذلك بالسنتكما . أو قالتا : ما شئنا بقلوبنا . لم يقبل . فإذا ثبت هذا ، فإن العوض يتقسط عليهما على قدر

(١١) في ا ، ب ، م ، د : ولم .

(١٢-١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) في ب ، م ، د : ما شئنا .

(١٤) في ب ، م ، د : لزمه .

(١٥) في ب ، م ، د : في طلاقها .

(١٦) في الأصل ، ب ، م ، د : لأنه .

مهر كل واحدة منهما ، في الصحيح من المذهب . وهو قول ابن حامد ، ومذهب أهل الرأي ، وأحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها . وعلى قول أبي بكر من أصحابنا ، يكون ذلك عليهما نصفين . وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصدائ واحد . وقد ذكرناه في موضعه^(١٧) . فإن كانت إحداهما رشيده ، والأخرى محجورا عليها لسفه ، فقالتا : قد شئنا / . وقع الطلاق عليهما ، ووجب على الرشيده قسطنها من العوض ، ووقع طلاقها بائنا ، ولا شيء على المحجور عليها ، ويكون طلاقها رجعيًا ؛ لأن لها مشيئة ، ولكن الحجر منع^(١٨) صيحة تصرفها ونفوذها ، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح ، وفيما تأكله . وكذلك إن كانت غير بالغية ، إلا أنها مميزة ، فإن لها مشيئة صحيحة ، ولهذا يُخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا . وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة ، لم تصح المشيئة منهما ، ولم يقع الطلاق . وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق ، فإن الرشيده يلزمها قسطنها من العوض ،^(١٩) وهو قسطن مهرها من العوض^(٢٠) ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر نصفه . وإن قالت له امرأتاه : طلقنا باللف بيننا نصفين . فطلقهما ، فعلى كل واحدة منهما نصفه ، وجهها واحدا . وإن طلق إحداهما وحدها ، فعليها نصف الألف . وإن قالتا : طلقنا باللف . فطلقهما ، فالألف عليهما على قدر صداقيهما ، في أصح الوجهين . وإن طلق إحداهما ، فعليها حصتها منه . وإن كانت إحداهما غير رشيده ، فطلقهما ، فعلى الرشيده حصتها من الألف ، ويقع طلاقها بائنا ، وتطلق الأخرى طلاقا رجعيًا ، ولا شيء عليها .

فصل : يصح الخلع مع الأجنبية ، بغير إذن المرأة ، مثل أن يقول الأجنبية للزوج : طلق امرأتك باللف علي . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو ثور : لا يصح ؛ لأنه سفه ،

(١٧) تقدم في صفحة ١٧٥ .

(١٨) في ب ، م ، ١ : مع .

(١٩-١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

فإنه يَبْذُلُ عَوَضًا فِي مُقَابَلَةِ مَا لَا مَنَفْعَةَ لَهُ فِيهِ ، فَإِنَّ الْمَلِكَ لَا يَحْصُلُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالُو
 قَالَ : بَعَّ عَبْدَكَ لِزَيْدٍ بِأَلْفٍ عَلَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَذَلَ مَالٍ فِي مُقَابَلَةِ إِسْقَاطِ حَقٍّ عَنْ غَيْرِهِ ،
 فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ، وَعَلَى ثَمَنِهِ . وَلَئِنَّهُ لَوْ قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَى
 ثَمَنِهِ . صَحَّ ، وَلَزِمَهُ ذَلِكَ ، مَعَ أَنَّهُ لَا يُسْقِطُ حَقًّا عَنْ أَحَدٍ ، فَهِيَ أَوْلَى ؛ وَلَئِنَّهُ حَقٌّ عَلَى
 الْمَرْأَةِ ، يَجُوزُ أَنْ يُسْقِطَهُ ^(٢٠) عَنْهَا بِعَوَضٍ ، فَجَازَ لَغَيْرِهَا ، كَالَّذِينَ . وَفَارَقَ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ
 تَمْلِكُ ، فَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ رِضَى مَنْ ثَبَتَ ^(٢١) لَهُ الْمَلِكُ . وَإِنْ قَالَ : طَلَّقَ امْرَأَتَكَ بِمَهْرِهَا ،
 وَأَنَا ضَامِنٌ لَهُ . صَحَّ . وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَهْرِهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ : طَلَّقْنِي وَضَرَّتِي بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهُمَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ بِهِمَا
 بَائِنًا ، وَاسْتَحَقَّ الْأَلْفَ عَلَى بَاذِلَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ جَائِزٌ . وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا ،
 فَقَالَ الْقَاضِي : تَطَلَّقْتَ طَلَاقًا بَائِنًا ، / وَلَزِمَ الْبَاذِلَةَ بِحَصَّتِهَا مِنَ الْأَلْفِ . وَهَذَا مَذْهَبُ
 الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ : ^(٢٢) يَلْزِمُهَا مَهْرٌ مِثْلُ الْمُطَلَّاقَةِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ،
 فِيمَا إِذَا قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، لَمْ يَلْزَمْهَا شَيْءٌ ، وَوَقَعَتْ بِهَا
 التَّطْلِيقَةُ ، أَنْ لَا يَلْزَمَ الْبَاذِلَةَ هُنَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجِبْهَا إِلَى مَا سَأَلَتْ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا مَا
 بَذَلَتْ ، وَلَئِنَّهُ قَدْ يَكُونُ غَرَضُهَا فِي بَيِّنَتَيْهِمَا جَمِيعًا مِنْهُ ، فَإِذَا طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يَحْصُلْ
 غَرَضُهَا ، فَلَا يَلْزَمُهَا عَوَضُهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ ، عَلَى أَنْ تُطَلَّقَ ضَرَّتِي ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا تُطَلَّقَ
 ضَرَّتِي . فَالْخُلْعُ صَحِيحٌ ، وَالشَّرْطُ وَالْبَذْلُ لَا يَزِمُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الشَّرْطُ وَالْعَوَضُ
 بَاطِلَانِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ سَلَفٌ فِي الطَّلَاقِ ، وَالْعَوَضُ بَعْضُهُ فِي
 مُقَابَلَةِ الشَّرْطِ الْبَاطِلِ ، فَيَكُونُ الْبَاقِي مَجْهُولًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَالْعَوَضُ

(٢٠) فِي أ ، ب ، م : « يَسْقُطُ » .

(٢١) فِي أ ، ب ، م : « يَثْبِتُ » .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « لَا » .

صحيح ؛ لأنَّ العَقْدَ يَسْتَقِلُّ بِذَلِكَ الْعَوَضِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا بَذَلَتْ عَوَضًا فِي طَلَاقِهَا وَطَلَاقِ
ضَرَّتْهَا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي وَضَرَّتْنِي بِالْفِ . فَإِنْ لَمْ يَفِ لَهَا بِشَرْطِهَا ، فَعَلَيْهَا
الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى ، أَوِ الْأَلْفِ الَّذِي شَرْطَتْهُ ^(٢٣) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ شَيْئًا مِنَ
الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا بَذَلَتْهُ بِشَرْطٍ لَمْ يُوجَدْ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ .

١٢٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَا خَالَعَ الْعَبْدُ بِهِ زَوْجَتَهُ مِنْ شَيْءٍ ، جَازٌ . وَهُوَ
لِسَيِّدِهِ)

وجملة ذلك أنَّ كُلَّ زَوْجٍ صَحَّ طَلَاقُهُ ، صَحَّ خُلْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الطَّلَاقَ ، وَهُوَ
مُجَرَّدٌ إِسْقَاطٍ مِنْ غَيْرِ تَحْصِيلِ شَيْءٍ ، فَلَا يُنْزِلُهُ مُخَصِّلًا لِلْعَوَضِ أَوَّلَى ، وَالْعَبْدُ يَمْلِكُ
الطَّلَاقَ ، فَيَمْلِكُ ^(١) الْخُلْعَ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَّبُ وَالسَّفِيهُ ، وَفِي الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ
وَجَهَانٍ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ طَلَاقِهِ . وَمَنْ لَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، كَالطُّفْلِ وَالْمَجْنُونِ ، لَا يَصِحُّ
خُلْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَلَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ . وَمتى خَالَعَ الْعَبْدُ ، كَانَ
الْعَوَضُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِهِ ، وَاكْتِسَابُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَسَائِرُ مَنْ ذَكَرْنَا الْعَوَضُ لَهُمْ .
وَيَجِبُ تَسْلِيمُ الْعَوَضِ إِلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ، وَوَلِيِّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ فِي خُلْعِ الْعَبْدِ
مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَسْلِيمُهُ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَوَلِيُّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي يَقْبِضُ
حَقُّوهُ وَأَمْوَالَهُ ، وَهَذَا مِنْ حَقِّهِ . وَأَمَّا الْمُكَاتَّبُ ، فَيُدْفَعُ الْعَوَضُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي
يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ قَبْضُ الْعَبْدِ وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ الْعَوَضَ ؛ لِأَنَّ مَنْ
صَحَّ خُلْعُهُ / ، صَحَّ قَبْضُهُ لِلْعَوَضِ ، كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ أَحْمَدَ : مَا
مَلَكَ الْعَبْدُ مِنْ خُلْعٍ فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْوَاهِبِ وَالْمُخْتَلَعَةِ بِشَيْءٍ ،
وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ فِي مَعْنَى الْعَبْدِ . وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ فِي الْخُلْعِ لِسَيِّدِ
الْعَبْدِ ، فَلَا يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَى غَيْرِ مَنْ هُوَ لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ ، وَالْعَوَضُ فِي خُلْعِ الْمَحْجُورِ
عَلَيْهِ مِلْكٌ لَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ أَفَادَ مَنْعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، وَكَلَامُ
أَحْمَدَ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا أَتْلَفَهُ الْعَبْدُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ، وَعَلَى أَنَّ ^(٢) عَدَمَ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا

و ١٧٩/٧

(٢٣) في ١ : « شرطتها » .

(١) في ١ ، ب ، م : « فملك » .

(٢) سقط من : ١ ، ب ، م .

لا يَلْزَمُ منه جَوَازُ الدَّفْعِ إليه ، فَإِنَّهُ لو رَجَعَ عليها لَرَجَعَتْ على العَبْدِ ، وتَعَلَّقَ حَقُّهَا بِرَقَبَتِهِ ، وهى مِلْكٌ لِلسَّيِّدِ ، فلا فائِدَةَ فى الرُّجوعِ عليها بما تُرْجِعُ به على مالِهِ . وإن سَلِمَتْ^(٣) العِوَضَ إلى المَحْجُورِ عليه ، لم تُبْرَأَ ، فَإِنْ أَخَذَهُ الوَلِيُّ منه ، بَرَأَتْ ، وإن أَثْلَفَهُ ، أو ثَلَفَ ، كان لَوَلِيِّهِ الرُّجوعُ عليها به .

فصل : وقد تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فى طَلاقِ الأبِ زَوْجَةَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، وَخُلِعَ إِيَّاهَا ، وسأله أَبُو الصَّقَرِ عن^(٤) ذلك ، فقال : قد اِخْتَلَفَ فيه . وكأَنَّهُ رآه . قال أَبُو بَكْرٍ : لم يَبْلُغْنِي فى هذه المسأَلَةِ إِلَّا ما رَوَاهُ أَبُو الصَّقَرِ ، فَيُخْرِجُ على قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ عَطَاءٍ ، وَقَتَادَةَ ؛ لأنَّ ابْنَ عَمَرَ طَلَّقَ على ابْنِ لَه مَعْتُوهُ . رواه الإمامُ أَحْمَدُ^(٥) . وعن عَبْدِ اللَّهِ ابنِ عَمْرٍو ، أَنَّ المَعْتُوَةَ إِذَا عَبَثَ بِأَهْلِهَا ، طَلَّقَ عَلَيْهِ وَلِيُّهُ . قال عمرو بنُ شُعَيْبٍ : وجدنا ذلك فى كتابِ عَبْدِ اللَّهِ بنِ عَمْرٍو^(٦) . ولأنَّهُ يَصَحُّ أن يُزَوَّجَهُ ، فَصَحَّ أن يُطَلَّقَ عليه ، إِذا لم يَكُنْ مُتَّهِمًا ، كالحاكمِ يَفْسَخُ للإعْسارِ ، وَيُزَوِّجُ الصَّغِيرَ . والقولُ الآخرُ ، لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » . رواه ابنُ مَاجَه^(٧) . وعن عَمَرَ ، أَنَّهُ قال : إِنَّمَا الطَّلَاقُ بيدِ الذِّى يَحِلُّ لَهُ الفَرَجُ^(٨) . ولأنَّهُ إِسْقَاطُ لِحْقِهِ . فلم يَمْلِكْهُ ، كإِبْرَاءِ مِنَ الدِّينِ ، وإِسْقَاطِ الْقِصَاصِ ، ولأنَّ طَرِيقَهُ الشَّهْوَةُ ، فلم يَدْخُلْ فى الوَلَايَةِ . والقولُ فى زَوْجَةِ عبيدِ الصَّغِيرِ ، كالقولِ فى زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، لأنَّهُ فى مَعْنَاهُ .

(٣) فى ب ، م : « أسلمت » .

(٤) فى الأصل ، ب ، م : « على » .

(٥) لم نجده فى المسند وغيره .

(٦) أخرجه ابنُ أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى المجنون والمعتوه ، يجوز لوليه أن يطلق عليه ؟ من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ٣٣ .

(٧) تقدم تخريجه فى : ٤٢١ / ٩ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب طلاق العبد بيد سيده ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٤١ .

١٢٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ فِي مَرَضٍ مَوْتَهَا بِأَكْثَرٍ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَالْخُلْعُ وَاقِعٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ أَنْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ)

وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة ، سواء كان المريض الزوج / أو الزوجة ، ١٧٩/٧ ظ
أو هما جميعاً ؛ لأنه معاوضة ، فصَحَّ في المرض ، كالبيع . ولا تعلم في هذا خلافاً . ثم إذا خالعت المرأة بميراثه منها فما دونه ، صَحَّ ، ولا رجوع ، وإن خالعت بزيادة ، بطلت الزيادة . وهذا قول الثوري ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حابته فمن الثلث ؛ لأنه ليس بوارث لها ، فصَحَّتْ مُحَابَاتُهَا لَهُ مِنَ الثَّلْثِ ، كالأجنبي . وعن مالك كالمذهبي . وعنه : يُعْتَبَرُ بِخُلْعٍ مِثْلِهَا . وقال الشافعي : إن خالعت بمهر مثلها ، جاز ، وإن زاد ، فالزيادة من الثلث . ولنا ، على أنه لا يُعْتَبَرُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، أن خروج البضع عن ^(١) ملك الزوج غير مُتَقَوِّمٍ بما قَدَّمْنَا ، واعتبار مهر المثل تقويم له . وعلى إبطال الزيادة ، أنها مُتَهَمَةٌ فِي أَنَّهَا قَصَدَتْ الْخُلْعَ لِتَوْصِلَ إِلَيْهِ شَيْئاً مِنْ مَالِهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها ، فبطل ، كما لو أوصت له ، أو أقرت له ، وأما قدر الميراث ، فلا تُهْمَةٌ فِيهِ ، فَإِنَّهَا لَوْ لَمْ تُخَالَعْ لَوَرِثَ ^(٢) مِيرَاثَهُ . وإن صحَّت من مرضها ذلك ، صَحَّ الْخُلْعُ ، وله جميع ما خالعتها به ؛ لأننا تبيننا أنه ليس بمرض الموت ، والخُلْعُ في غير مرض الموت ، كالخُلْعُ فِي الصَّحَّةِ .

١٢٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَأَوْصَى لَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا كَانَتْ تَرِثُ ، فَلِلْوَرَثَةِ أَنْ لَا يُعْطَوْهَا أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهَا)

أما خُلْعُهُ لَزَوْجَتِهِ ، فلا إشكال في صحته ، سواء كان بمهر مثلها ، أو أكثر ، أو أقل ، ولا يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ ؛ لأنه لو طَلَّقَ بِغَيْرِ عَوَضٍ لَصَحَّ ، فَلَا يُصَحِّحُ بَعْوَضُ أَوْلَى ، ولأنَّ الْوَرَثَةَ لَا يَفُوتُهُمْ بِخُلْعِهِ شَيْءٌ ، فَإِنَّهُ لَوْ مَاتَ وَلَهُ امْرَأَةٌ ، لَبَانَتْ بِمَوْتِهِ ، وَلَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى وَرَثَتِهِ .

(١) في ١ ، ب ، م : « من » .

(٢) في الأصل : « ورث » .

فَأَمَّا إِنْ أَوْصَىٰ لَهَا بِمِثْلِ مِيرَاثِهَا ، أَوْ أَقَلَّ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةُ فِي أَنَّهُ أَبَانُهَا يُعْطِيهَا ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُبَيِّنْهَا لِأَخَذْتُهُ بِمِيرَاثِهَا . وَإِنْ أَوْصَىٰ لَهَا بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ ، فَلِلْوَرِثَةِ مَنَعُهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَتَاهُمْ فِي أَنَّهُ قَصَدَ إِيْصَالَ ذَلِكَ إِلَيْهَا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ إِلَىٰ إِيْصَالِهِ إِلَيْهَا وَهِيَ فِي جِبَالِهِ ، فَطَلَّقَهَا لِیُوصِلَ ذَلِكَ إِلَيْهَا ، فَمُنِعَ مِنْهُ ^(١) ، كَمَا لَوْ أَوْصَىٰ لَوَارِثٍ .

فصل : وَإِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ عَلَىٰ نَفَقَةٍ عِدَّتِهَا ، فَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ . وَهَذَا إِنَّمَا يُخَرِّجُ عَلَىٰ أَصْلِ ^(٢) أَحْمَدَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، أَمَّا غَيْرُ الْحَامِلِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ ، فَلَا تَصَحُّ عَوَضًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصَحُّ النَّفَقَةُ عَوَضًا ، فَإِنْ خَالَعَهَا بِهِ وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ / لَمْ تَجِبْ ، فَلَا يَصَحُّ الْخُلْعُ عَلَيْهَا ^(٣) ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَىٰ عَوَضٍ مَا يُتْلَفُ عَلَيْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا إِحْدَى النَّفَقَتَيْنِ ، فَصَحَّتِ الْمُخَالَعَةُ عَلَيْهَا ، كَنَفَقَةِ الصَّبِيِّ فِيمَا إِذَا خَالَعَتْهُ عَلَىٰ كِفَالَةٍ وَلَدِهِ وَقَتًا مَعْلُومًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لَمْ تَجِبْ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ قِيلَ : إِنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ ، ثُمَّ إِنَّهَا إِنْ لَمْ تَجِبْ ، فَقَدْ وَجَدَ سَبَبٌ وَجُوبِهَا ، كَنَفَقَةِ الصَّبِيِّ ، بِخِلَافِ عَوَضٍ مَا يُتْلَفُ .

١٢٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ خَالَعَتْهُ بِمُحَرَّمٍ ، وَهُمَا كَافِرَانِ ، فَقَبَضَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، أَوْ أَحَدُهُمَا ، لَمْ ^(١) يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ)

وجملة ذلك أَنَّ الْخُلْعَ مِنَ الْكُفَّارِ جَائِزٌ ، سِوَاءَ كَانُوا أَهْلَ الذِّمَّةِ أَوْ أَهْلَ حَرْبٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ مَلَكَ الطَّلَاقَ ، مَلَكَ الْمُعَاوَضَةَ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ ، فَإِنْ تَخَالَعَا ^(٢) بِعَوَضٍ صَحِيحٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ تَرَاَفَعَا ^(٣) إِلَى الْحَاكِمِ ، أَمْضَىٰ ذَلِكَ بَيْنَهُمَا ^(٤) كَالْمُسْلِمَيْنِ ، وَإِنْ

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ١ ، ب ، م : « أَصْلَى » .

(٣) سقط من : ب ، م .

(١) في ب ، م : « لَا » .

(٢) في ب ، م : « خَالَعَهَا » .

(٣) في ١ ، ب ، م : « وَتَرَاَفَعَا » .

(٤) في ب ، م : « عَلَيْهِمَا » .

كان مُحَرَّم كخمرٍ وَخَنَزِيرٍ فَقَبَضَهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، أَوْ تَرَاغَا^(٥) إلينا ، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا^(٦) مَضَى ذَلِكَ عَلَيْهِمَا ، وَلَمْ يُعَوِّضْ لَهُ ، وَلَمْ يُرَدِّهِ ، وَلَا يَبْقَى لَهُ عَلَيْهَا شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ أَصْدَقَهَا خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَا ، أَوْ تَبَايَعَا خَمْرًا وَتَقَابَضَا^(٧) ثُمَّ أَسْلَمَا . وَإِنْ كَانَ إِسْلَامُهُمَا أَوْ تَرَاغُعُهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، لَمْ يُمَضَّهِ الْحَاكِمُ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِإِقْبَاضِهِ ؛ لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخَنَزِيرَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا لِلْمُسْلِمِ أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ ، فَلَا يَأْمُرُ الْحَاكِمُ بِإِقْبَاضِهِ . قَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْجَامِعِ » : وَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ مِنْهَا بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، كَالْمُسْلِمِينَ إِذَا تَخَالَعَا بِخَمِيرٍ . وَقَالَ ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ فَاسِدٌ ، فَيَرْجِعُ إِلَى قِيَمَةِ الْمُتَلَفِ ، وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ لَهُ^(٨) شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَهُ حَالَةَ الْقَبْضِ بِنَفْيِ الرَّجُوعِ ، يَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ مَعَ عَدَمِ الْقَبْضِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَعْتَقِدُ الْخَمْرَ وَالْخَنَزِيرَ مَالًا ، فَإِذَا رَضِيَ بِهِ عَوَضًا ، فَقَدْ رَضِيَ بِالْخُلْعِ بغيرِ مَالٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، وَالْمُشْرِكُ يَعْتَقِدُهُ مَالًا ، فَلَمْ يَرْضَ بِالْخُلْعِ^(٩) بغيرِ عَوَضٍ ، فَيَكُونُ الْعَوَضُ وَاجِبًا لَهُ^(١٠) ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى حُرِّ يَظُنُّهُ عَبْدًا ، أَوْ خَمِيرٍ^(١١) يَظُنُّهُ خَلًا . إِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ يَجِبُ لَهُ عَوَضٌ^(١٢) ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا . وَعَلَى مَا عَلَّلْنَا بِهِ يَقْتَضِي وَجُوبَ قِيَمَةِ مَا سَمِيَ لَهَا ، عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِ مَالًا ، فَإِنَّهُ رَضِيَ بِمَالِيَّةِ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ لَهُ قَدْرُهُ مِنَ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى خَمِيرٍ يَظُنُّهُ خَلًا . وَإِنْ حَصَلَ الْقَبْضُ فِي بَعْضِهِ دُونَ بَعْضٍ ، سَقَطَ مَا قَبِضَ ، وَفِيمَا / لَمْ يَقْبِضْ الْوَجُوهَ الثَّلَاثَةَ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾^(١٣) .

ظ ١٨٠/٧

(٥) فِي ب ، م : « وَتَرَاغَا » .

(٦-٦) فِي ب ، م : « أَمَضَى » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « أَوْ تَقَابَضَا » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْخُلْعِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١١) فِي النِّسْخِ : « خَمْرًا » .

(١٢) فِي ب ، م : « الْعَوَضُ » .

(١٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧٨ .

فصل : وَيَصَحُّ التَّوَكُّلُ فِي الْخُلْعِ ، مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَمِنْ أَحَدِهِمَا مُتَفَرِّدًا .
وَكُلُّ مَنْ صَحَّ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْخُلْعِ لِنَفْسِهِ ، جَازَ تَوَكُّلُهُ وَوِكَالَتُهُ ؛ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، ذَكَرًا
أَوْ أُنْثَى ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، مُحْجُورًا عَلَيْهِ أَوْ رَشِيدًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ
الْخُلْعَ ، فَصَحَّ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا وَمُوكَّلًا فِيهِ ، كَالْحُرِّ الرَّشِيدِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ،
وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَيَكُونُ تَوَكُّلُ الْمَرْأَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ اسْتِدْعَاءُ
الْخُلْعِ أَوْ الطَّلَاقِ ، وَتَقْدِيرُ الْعَوْضِ ، وَتَسْلِيمُهُ . وَتَوَكُّلُ الرَّجُلِ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ شَرْطُ
الْعَوْضِ ، وَقَبْضُهُ ، وَإِقَاعُ الطَّلَاقِ أَوْ الْخُلْعِ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ مَعَ تَقْدِيرِ الْعَوْضِ ، وَمِنْ
غَيْرِ تَقْدِيرٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَصَحَّ كَذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ وَالتَّكَاجِ . وَالْمُسْتَحَبُّ
التَّقْدِيرُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمُ مِنَ الْغَرَرِ ، وَأَسْهَلُ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِاسْتِغْنَائِهِ عَنِ الْجَهَادِ . فَإِنْ وَكَّلَ
الزَّوْجُ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يُقَدَّرَ لَهُ الْعَوْضُ ، فَخَالَعَ بِهِ أَوْ بِمَا زَادَ ، صَحَّ ،
وَلَزِمَ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَإِنْ خَالَعَ بِأَقْلٍ مِنْهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا
يَصَحُّ الْخُلْعُ . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، فَلَمْ
يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي خُلْعِ امْرَأَةٍ فَخَالَعَ أُخْرَى ، وَلَئِنْ لَمْ يَأْذَنْ ^(١٤) لَهُ فِي الْخُلْعِ بِهَذَا
الْعَوْضِ ، فَلَمْ يَصَحَّ مِنْهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَالثَّانِي ، يَصَحُّ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْوَكِيلِ
بِالنَّقْصِ ^(١٥) . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْمُخَالَفَةَ فِي قَدْرِ الْعَوْضِ لَا تُبْطِلُ الْخُلْعَ ، كَحَالَةِ
الْإِطْلَاقِ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَأَمَّا إِنْ خَالَفَ فِي الْجَنْسِ ، مِثْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالْخُلْعِ عَلَى دِرَاهِمٍ ،
فَخَالَعَ عَلَى عَيْدٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ يَأْمُرَهُ بِالْخُلْعِ حَالًا ، فَخَالَعَ بِعَوْضٍ نَسِيئَةً ، فَالْقِيَاسُ
أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِمُوكَّلِهِ فِي جَنْسِ الْعَوْضِ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ، كَالْوَكِيلِ فِي
الْبَيْعِ ، وَلَئِنْ مَا خَالَعَ بِهِ لَا يَمْلِكُهُ الْمُوَكَّلُ ، لِكَوْنِهِ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ، وَلَا الْوَكِيلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ
السَّبَبُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ . وَفَارَقَ الْمُخَالَفَةَ فِي الْقَدْرِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكْنَ جَبْرُهُ بِالرُّجُوعِ بِالنَّقْصِ عَلَى
الْوَكِيلِ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْقِيَاسُ أَنْ يَلْزَمَ الْوَكِيلَ الْقَدْرَ الَّذِي أُذِنَ فِيهِ ، وَيَكُونُ لَهُ مَا خَالَعَ

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « يُوْذَن » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « بِالْقَبْضِ » .

به^(١٦) ، قياساً على المخالفة في القدر ، وهذا يبطل بالوكيل في البيع ، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج ، فلم يصح ، كما لو لم يؤكده في شيء ، ولأنه يفضي إلى أن يملك عوضاً ما ملكته / إياه المرأة ، ولا قصد هو تملكه ، وتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه . وأما المخالفة في القدر ، فلا يلزم فيها ذلك ، مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضاً ، لما قدمناه . الحال الثاني ، إذا أطلق الوكالة ، فإنه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالاً من جنس نقد البلد ، فإن خالع بذلك فما زاد ، صح ؛ لأنه زاده خيراً ، وإن خالع بدونه ، ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه . وذكر القاضي احتمالين آخرين ؛ أحدهما ، أن يسقط المسمى ، ويجب مهر المثل ؛ لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه . والثاني ، أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة . وإن خالع بغير نقد البلد ، فحكمه حكم مالو عين له عوضاً فخالع بغير جنسه . وإن خالع الوكيل بما ليس بمال ، كالخمر والخنزير ، لم يصح الخلع ، ولم يقع الطلاق ؛ لأنه غير مأذون له فيه ، إنما أذن له في الخلع ، وهو إبانة المرأة بعوض ، وما أتى به ، وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه . ذكره القاضي ، في « المجرد » . وهو مذهب الشافعي . وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر ، في « الجامع » أن الخلع يصح ، ويرجع على الوكيل بالمسمى ، ولا شيء على المرأة . هذا إذا قلنا : الخلع بلا عوض يصح . وإن قلنا : لا يصح . لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق ، فيقع طلاق رجعية . واحتج بأن وكيل الزوجة^(١٧) لو خالع بذلك صح ، فكذلك وكيل الزوج . وهذا القياس غير صحيح ؛ فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق ، فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، وكيل الزوجة لا يوقع ، وإنما يقبل ، ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم ، فوّت على موكله العوض ، وكيل الزوجة يخلصها منه ، فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه ، الصحة في موضع يفوّته عليه ، ألا ترى أن

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) في الأصل : « المرأة » .

وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدرته له ، صح ولزمها ، ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له ، لم يلزمه ، وأما وكيل الزوجة فله حالان ؛ أحدهما ، أن تُقدَّر له العوض ، فمتى خالع به فما دون ، صح ، ولزمها ذلك ؛ لأنه زادها خيراً ، وإن خالع بأكثر منه ، صح ولم تلزمها الزيادة ؛ لأنها لم تأذن فيها ، ولزم الوكيل ، لأنه التزمه للزوج ، فلزمه الضمان ، كالمضارب إذا / اشترى من يعتق على رب المال . وقال القاضي ، في ١٨١/٧ ظ « المجرّد » : عليها مهرٌ مثلها ، ولا شيء على وكيلها ؛ لأنه لا يقبل العقد لنفسه ، إنما يقبله لغيره . ولعل هذا مذهب الشافعي ، والأولى أنه لا يلزمها أكثر ممّا بذلته ؛ لأنها ما التزمت أكثر منه ، ولا وجد منها تغرير للزوج ، ولا ينبغي ^(١٨) أن يجب ^(١٩) للزوج أيضاً أكثر ممّا بذل له الوكيل ؛ لأنه رضى بذلك عوضاً ، وهو عوض صحيح معلوم ، فلم يكن له أكثر منه ، كما لو بذلته المرأة . الثاني ، أن يُطلق الوكالة ، فيقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد ، فإن خالعها بذلك فما دون ، صح ، ولزمها ، وإن خالعها بأكثر منه ، فهو كما لو خالعها بأكثر ممّا قدرت له ، على ما مضى من القول فيه .

فصل : إذا اختلفا في الخلع ، فادّعاها الزوج ، وأنكرته المرأة ، بآث بإقراره ، ولم يستحقّ عليها عوضاً ؛ لأنها منكرة ، وعليها اليمين ، وإن ادّعت المرأة ، وأنكره الزوج ، فالقول قوله لذلك ، ولا يستحقّ عليها ^(٢٠) عوضاً ؛ لأنه لا يدّعيه ، فإن اتفقا على الخلع ، واختلفا في قدر العوض ، أو جنسه ، أو حلوله ، أو تأجيله ، أو صفته ، فالقول قول المرأة . حكاه أبو بكر نصّاً عن أحمد . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة . وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد ، أن القول قول الزوج ؛ لأنّ البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله في عوضه ، كالسيد مع مكاتبته ^(٢١) . وقال الشافعي : يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد ، فيتحالفان فيه ، كالمُتبايعين إذا اختلفا في الثمن . ولنا ، أنه

(١٨-١٩) سقط من : الأصل .

(١٩) في الأصل : عليه .

(٢٠) في الأصل ، ١ : مكاتبه .

أَحَدُ نَوْعِي الْخُلْعِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَرْأَةِ ، كَالطَّلَاقِ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ ، وَلَئِنْ الْمَرْأَةُ مُنْكَرَةٌ لِلزَّائِدِ^(٢١) فِي الْقَدْرِ أَوِ الصِّفَةِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٢٢) . وَأَمَّا التَّحَالُفُ فِي الْبَيْعِ ، فَيُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِفَسْخِ الْعَقْدِ ، وَالْخُلْعُ فِي نَفْسِهِ فَسْخٌ ، فَلَا يُفْسَخُ . وَإِنْ قَالَ : خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ . فَقَالَتْ : إِنَّمَا خَالَعْتُكَ^(٢٣) غَيْرِي بِأَلْفٍ فِي ذِمَّتِهِ . بَأْتَتْ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوَضِ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ لَهُ . وَإِنْ قَالَتْ : نَعَمْ ، وَلَكِنْ ضَمِنْتُهَا لَكَ أَيْ أَوْ غَيْرُهُ . لَزِمَهَا الْأَلْفُ ، لِإِقْرَارِهَا بِهِ ، وَالضَّمَانُ لَا يُبْرِي ذِمَّتَهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَتْ : خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ يَزِنُهُ لَكَ أَيْ . لِأَنَّهَا اعْتَرَفَتْ بِالْأَلْفِ ، وَادَّعَتْ عَلَى أَبِيهَا دَعْوَى ، فَقُبِلَ قَوْلُهَا عَلَى / نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا . وَإِنْ قَالَ : سَأَلْتَنِي طَلْقَةً بِأَلْفٍ . فَقَالَتْ : بَلِ سَأَلْتُكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ ، فَطَلَّقْتَنِي وَاحِدَةً . بَأْتَتْ بِإِقْرَارِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي سُقُوطِ الْعَوَضِ . وَعِنْدَ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ، يَلْزَمُهَا ثَلَاثُ الْأَلْفِ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمْ فِيمَا إِذَا قَالَتْ : طَلَّقْتَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، أَنَّهُ يَلْزَمُهَا ثَلَاثُ الْأَلْفِ . وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ ، فَادَّعَى أَنَّهَا دَنَانِيرُ ، وَقَالَتْ : بَلِ هِيَ دَرَاهِمُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : كَانَتْ دَرَاهِمَ رَاضِيَةً^(٢٤) . وَقَالَ الْآخَرُ : مُطْلَقَةً . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي حَكَاهَا الْقَاضِي ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْإِطْلَاقِ لَزِمَهَا^(٢٥) الْأَلْفُ مِنْ غَالِبِ تَقْدِيرِ الْبَلَدِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُمَا أَرَادَا دَرَاهِمَ رَاضِيَةً^(٢٦) ، لَزِمَهَا مَا اتَّفَقَتْ إِرَادَتُهُمَا عَلَيْهِ . وَإِنْ

(٢١) فِي أ ، ب ، م : « لِلزِّيَادَةِ » .

(٢٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٦ / ٥٢٥ .

(٢٣) فِي ب ، م : « خَالَعَتْ » .

(٢٤) فِي ب ، م : « قَرَاظَةٌ » . وَكَانَ اسْمُ الرَّاضِي بِاللَّهِ أَحْمَدُ بْنُ الْمُقْتَدِرِ بِاللَّهِ ، الَّذِي بُويعَ بِالْخِلَافَةِ مِنْ سَنَةِ اثْنَتَيْنِ وَعِشْرِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ إِلَى سَنَةِ تِسْعٍ وَعِشْرِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ عَلَى السَّكَّةِ . انْظُرْ : النُّقُودَ الْعَرَبِيَّةَ وَعِلْمَ النِّمَاطِ ، لِلْكَرْمَلِيِّ ، ٥٨ ، ١٢٥ .

(٢٥) فِي أ : « لَزِمَهُ » . وَفِي ب ، م : « لَزِمَ » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

اختلفا في الإرادة ، كان حكمها حكم المطلق ، يرجع إلى غالب نقد البلد . وقال القاضي : إذا اختلفا في الإرادة ، وجب المهر المسمى في العقد ؛ لأن اختلفهما يجعل البذل مجهولاً ، فيجب المسمى في النكاح . والأول أصح ؛ لأنهما لو أطلقا ، لصحت التسمية ، ووجب ألف من غالب نقد البلد ، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض ، فكذا إذا اختلفا ، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته^(٢٧) تزيد على جهالة مهر المثل ، كعبد مطلق وبغير وفرس ، والجهالة ههنا أقل ، فالصحة أولى .

فصل : إذا علّق طلاق امرأته بصفة ، ثم أبانها بخلع أو طلاق ، ثم عاد فتزوجها ، ووجدت الصفة ، طلق . ومثاله إذا قال : إن كلمت أبك فأنيت طالق . ثم أبانها بخلع^(٢٨) ، ثم تزوجها ، فكلمت أبها ، فإنها تطلق . نص عليه أحمد . فأما إن وجدت الصفة في حال البينة ، ثم تزوجها ، ثم وجدت مرة أخرى ، فظاهر المذهب أنها تطلق . وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق . نص عليه في العتق ، في رجل قال لعبيده : أنت حر إن دخلت الدار . فباعه ، ثم رجع ، يعني فاشتراه ، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق . وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه ، فإن دخل عتق . فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود ، وجب أن يكون في الطلاق مثله ، بل أولى ؛ لأن العتق يتشوف الشرع / إليه ، ولذلك قال الخرقي : وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق . لم تطلق إن تزوجها . ولو قال : إن ملكت فلاناً فهو حر . فملكه صار حرّاً . وهذا اختيار أبي الحسن التميمي . وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينة . هذا مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد أقوال الشافعي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار . فطلقها ثلاثاً ، ثم نكح غيرها ، ثم نكحها الحالف ، ثم دخلت الدار ، أنه لا يقع عليها الطلاق . وهذا على مذهب مالك والشافعي

ظ ١٨٢/٧

(٢٧) في الأصل ، ١ : (جهالة) .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ١ .

وأصحاب الرأي ، لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ، ثم تزوجها ، انحلت يمينه في قولهم ، وإن لم توجد الصفة في البيئونة ، ثم نكحها ، لم تنحل في قول مالك ، وأصحاب الرأي ، وأحد أقوال الشافعي . وله قول آخر : لا تعود الصفة بحال . وهو اختيار المزني ، وأبي إسحاق ؛ لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع ، كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها ، فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا دخلت الدار . ثم تزوجها ، ودخلت الدار ، لم تطلق . وهذا في معناه . فأمّا إذا وجدت الصفة في حال البيئونة ، انحلت اليمين ؛ لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، فسقطت اليمين ، وإذا انحلت مرة ، لم يمكن عودها إلا بعقد جديد . ولنا ، أن عقد الصفة ووقوعها وجد في النكاح ، فيقع ، كما لو لم يتخلله بينونة ، أو كما لو بائت بما دون الثلاث عند مالك ، وأبي حنيفة ، ولم تفعل الصفة . وقولهم : إن هذا إطلاق قبل نكاح . قلنا : يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث . وقولهم : تنحل الصفة بفعلها . قلنا : إنما تنحل بفعلها على وجه يحث به ؛ وذلك لأن اليمين حل وعقد ، ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك ، فكذلك حلها ، والحث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها ، فلا تنحل اليمين^(٢٩) . وأما العتق ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه ، فيكون كمسألتنا . / والثانية ، تنحل ؛ لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه . وفارق النكاح ، فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه ، وهو عدد الطلاق ، فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق ، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله ، فإن ابن ماجه^(٣٠) وابن بطّة رويًا بإسناديهما ، عن أبي موسى قال : قال رسول الله ﷺ :

(٢٩) في الزيادة : « له » .

(٣٠) أخرجه ابن ماجه ، في : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٠ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في كراهية الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٣٢٢ / ٧ ، ٣٢٣ .

« مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَلْعَبُونَ بِحُدُودِ اللَّهِ ، وَيَسْتَهْزِئُونَ بِآيَاتِهِ : قَدْ طَلَّقْتُكَ ، قَدْ رَاجَعْتُكَ ، قَدْ طَلَّقْتُكَ » . وفي لفظٍ رواه ابنُ بطة : « خَلَعْتُكَ ، وَرَاجَعْتُكَ ، طَلَّقْتُكَ ، رَاجَعْتُكَ » .
ورَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَرْتَكِبُوا ^(٣١) مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا ^(٣٢) مَحَارِمَ اللَّهِ بِأُذُنِي الْحَيْلِ » ^(٣٣) .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الصِّفَةُ لَا تَعُودُ بَعْدَ النِّكَاحِ الثَّانِي ، مِثْلُ إِنْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ هَذَا الرِّغِيفَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا . ثُمَّ أَبَانَهَا ، فَأَكَلَتْهُ ، ثُمَّ نَكَحَهَا ، لَمْ يَحْنَثْ ^(٣٤) ؛ لِأَنَّ حِنْثَهُ بَوُجُودِ الصِّفَةِ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي ، وَمَا وَجَدَتْ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ بِأَكْلِهَا لَهُ حَالَ الْبَيْنُونَةِ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَلْحَقُ الْبَائِنَ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٣١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « تَرَكِبُوا » .

(٣٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَتَسْتَحِلُّونَ » .

(٣٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٧ / ٤٨٧ .

(٣٤) فِي الْأَصْلِ : « يَحْسِبُ » .